

Det rettslige vern for tekniske beskyttelsessystemer

Gjennomføring av opphavsrettsdirektivet i norsk rett

Kandidatnr: 260

Veileder: Professor Olav Torvund

Leveringsfrist: 25 november

Til sammen 17 874 ord

06.12.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PROBLEMSTILLING.	1
1.2	BAKGRUNN.	1
1.3	AVGRENSNINGER.	3
1.4	METODE.	4
1.5	RETTSKILDER	5
1.5.1	WIPO	5
1.5.2	OPPHAVSRETTS DIREKTIVET	6
1.5.3	NORDISKE RETTSKILDER	6
1.5.3.1	Gjennomføring i norsk rett.	6
1.5.3.2	Nordisk lovsamarbeide.	7
1.5.4	DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT.	7
1.6	DEN VIDERE FREMSTILLINGEN.	8
<u>2</u>	<u>TEKNISK BESKYTTELSESSYSTEM.</u>	<u>9</u>
2.1	DIGITAL KOPIERING.	9
2.2	HVA ER ET TEKNISK BESKYTTELSESSYSTEM?	10
2.2.1	INNLEDNING.	10
2.2.2	KOPISPERRER.	12
2.2.3	ADGANGSPERRER.	12
2.2.4	BESKYTTELSESSYSTEMER SOM KAN MÅLE I HVILKEN GRAD ET VERK BLIR UTNYTTET.	13
<u>3</u>	<u>VERN MOT DIREKTE OMGÅELSE AV TEKNISKE BESKYTTELSESSYSTEM.</u>	<u>15</u>
3.1	OPPHAVSRETTS DIREKTIVET.	15
3.1.1	ARTIKKEL 6.1	15
3.1.2	TILSTREKKELIG VERN.	17
3.1.3	SKILLES DET MELLOM ADGANGSPERRER OG KOPISPERRER?	17
3.1.4	HVA MENES MED ”Å OMGÅ”?	19
3.1.5	SKYLDKRAV.	20
3.2	DET NORSKE LOVFORSLAGET.	21

<u>4</u>	<u>VERN MOT FORBEREDENDE HANDLINGER.</u>	<u>26</u>
4.1	OPPHAVSRETTS DIREKTIVET.	26
4.2	DET NORSKE LOVFORSLAGET.	29
<u>5</u>	<u>UNNTAK FRA VERNET.</u>	<u>31</u>
5.1	OPPHAVSRETTS DIREKTIVET.	31
5.2	DET NORSKE LOVFORSLAGET.	36
5.3	SPESIELT OM PRIVATBRUKSKOPIERING.	38
5.4	UNNTAK FOR FORSKNING INNEN KRYPTOLOGI.	41
5.4.1	KORT OM KRYPTOLOGI.	41
5.4.2	UNNTAK FOR KRYPTOLOGI I OPPHAVSRETTS DIREKTIVET.	42
5.4.3	UNNTAKET FOR KRYPTOLOGI I DET NORSKE LOVFORSLAGET.	43
<u>6</u>	<u>FORHOLDET TIL DATAMASKINPROGRAMMER.</u>	<u>46</u>
6.1	OPPHAVSRETTS DIREKTIVET.	46
6.2	DET NORSKE LOVFORSLAGET.	47
<u>7</u>	<u>ER DET NORSKE LOVFORSLAGET I SAMSVAR MED DIREKTIVET?</u>	<u>49</u>
<u>8</u>	<u>VURDERING OG KONKLUSJON</u>	<u>52</u>
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>
9.1	LITTERATUR.	57
9.2	ARTIKLER OG ELEKTRONISKE DOKUMENTER.	58
9.3	FORARBEIDER.	60
9.4	DOMMER.	61
9.5	KONVENSJONER, TRAKTATER OG DIREKTIVER.	61
<u>10</u>	<u>LISTER OVER TABELLER, FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling.

Som en konsekvens av den raske utviklingen av digitalteknikken og den parallelt økende bruken av internet i de siste årene, forsøker man nå å revidere opphavsrettlovgivningen både på det internasjonale og det nasjonale plan. Blant de nye reglene er det en kategori bestemmelser som ikke tar sikte på å verne mot tradisjonelle opphavsrettskrenkelser, men i stedet verner mot handlinger som kan foranledige opphavsrettskrenkelser – det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer. Slike bestemmelser har vært meget kontroversielle og omdiskuterte.¹

Jeg vil i denne oppgaven forsøke å gjøre rede for hva det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer innebærer. Dette vil jeg gjøre ved å se på hvordan bestemmelsene om vern for tekniske beskyttelsessystemer er gjennomført i EUs opphavsdirektiv.²

Jeg vil i tillegg se på det norske lovforslaget for gjennomføring av opphavsrettsdirektivet i norsk rett og se på i hvilken grad dette lovforslaget oppfyller direktivets krav.

Gjennomføringen av det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer i opphavsretten forutsetter både unntaksbestemmelser og en materiell grense for rettighetshavers eneretter. Det er usikkert om dette lar seg gjøre samtidig som vernet blir hensiktsmessig. Dette fører til at lovgiver blir tvunget til å ta stilling til en rekke utfordrende problemer. Disse problemstillingene vil behandles fortløpende i oppgaven.

1.2 Bakgrunn.

Opphavsretten har i moderne tid hatt som formål å balansere interessene til opphavsmannen og samfunnets interesser. Tanken er at skaperen av et verk gis et visst vern for verket slik at han kan utnytte de økonomiske verdier verket kan gi, og at dette skal være et incitament til videre skapelse av åndsverk. Samtidig er det ansett som

¹ Clarke [online]. URL: <http://www.cfp2002.org/proceedings/proceedings/clark.pdf>.

² Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2001/29/EF om harmonisering av visse aspekter vedrørende opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet.

viktig for samfunnets interesser ”å kunne utnytte det skapte verk til glede for fellesskapet, og til å fremme den videre utvikling”.³ Man har altså prøvd å finne den gyldne middelvei som gir samfunnet tilstrekkelig adgang til åndsverk, samtidig som opphavsmannen gis rettmessige muligheter til å utnytte sin posisjon økonomisk.

Den senere tids teknologiske utvikling har imidlertid skapt problemer for opphavsmannen og rettighetshaverne. Muligheten for å lage identiske digitale kopier sammen med stadig raskere og enklere overføringer på internet, har ført til at opphavsmannen har mistet kontrollen over sine opphavsrettigheter. I dag kan enhver 15-åring kjøpe et musikkverk på cd, kopiere musikken over til datamaskinen, og spre disse kopiene rundt hele verden. Man trenger ikke engang å være spesielt datakyndig for å kunne foreta slike handlinger. I den senere tid har man også sett at dvd-filmer har blitt lettere å kopiere til mindre plasskrevende formater som Xvid og Divx,⁴ og blir spredt gjennom forskjellige fildelingstjenester på internet. Det samme gjelder for såkalte e-bøker og musikk. Hvem vil vel gå i butikken og kjøpe en film når den gratis kan lastes ned fra internet?

Det er umulig å spå fremtiden når det gjelder bruk av digitalt lagrede verk, men alt tyder på at utviklingen kommer til å fortsette i økende grad. For eksempel er det nok ikke mange år til man kan laste ned og spille av filmer på mobiltelefonen, samt med enkelhet spre disse videre blant venner og kollegaer.

Dette fører unektelig til at opphavsmannen/rettighetshaverne ikke fullt ut får utnyttet sitt verk økonomisk, og mister kontrollen over utnyttelsesmulighetene. Hvis det til slutt ikke lønner seg å produsere en film fordi piratkopier av den blir spredt over internet, så forsvinner grunnlaget for å produsere film. Det er nettopp denne feilen i markedet de nye bestemmelsene i opphavsretten prøver å rette på.⁵

Det er da en naturlig konsekvens at rettighetshaverne prøver å beskytte sine verker med ulike former for kopisperrer og tilgangsbegrensninger. Slike teknologiske beskyttelsessystemer er ganske utbredt på de fleste digitale media i disse dager. Det

³ Wagle og Ødegaard (1997) s. 47

⁴ Xvid og Divx er to typer "codec" (forkortelse for **compression/decompression**) som kort fortalt gjør det mulig å komprimere videoformater ned til størrelser som er lettere å transportere over internet uten nevneverdig kvalitetstap. Med denne teknologien kan en DVD komprimeres ned til en tidel av størrelsen og brennes over på en CD-plate.

⁵ Koelman (2000) – *Protection of technological measures* s.189.

digitale samfunn er imidlertid svært dynamisk, og hver gang en kopibeskyttelse kommer på markedet tar det vanligvis ikke lang tid før omgåelsesverktøy blir tilgjengelig. En konsekvens av dette er at teknologiske beskyttelsessystemer nå er gitt vern i internasjonal opphavsrett.

Selv om det synes rimelig at rettighetshaverne skal kunne beskytte seg mot slik ulovlig utnyttelse av deres verker, melder det seg allikevel problemer. Opphavsretten er som nevnt basert på en balanse mellom rettighetshaverens interesser og samfunnets interesser. Derfor er opphavsretten belagt med flere velbegrunnede unntak fra opphavsmannens enerett. Å kopiere en sang fra en CD-plate kan i noen tilfelle være et brudd på opphavsretten, mens det i andre tilfeller vil være rettmessig. For eksempel hvis man kopierer for å legge sangen tilgjengelig for alle og enhver i et åpent nettverk vil dette stride mot opphavsmannens eneretter, men hvis sangen kopieres for å gi den til en venn vil handlingen være tillatt etter unntaket for kopiering til privat bruk i åndsverkloven § 12. Å kopiere til privat bruk er allikevel ikke å anse som en rettighet som brukere av åndsverk har. Tradisjonell rett anser det snarere slik at opphavsretten stopper ved terskelen til det private hjem, dvs. at opphavsretten ikke rekker så langt at den også verner mot den private eksemplarframstilling.⁶ Når noe er tillatt fordi det ikke dekkes av opphavsmannens eneretter i loven, betyr derfor ikke dette at rettighetshaver ikke kan verne verket mot slik utnyttelse. Rettighetshaver står i prinsippet fritt til å gjøre det han kan for at verket ikke skal kunne utnyttes på måter som ikke dekkes av enerettene.

Slik teknologien er i dag klarer ikke en kopibeskyttelse å skille mellom den rettmessige bruk hjemlet i åndsverkloven og brudd på opphavsretten, derfor vil en kopibeskyttelse både hindre lovlige og ulovlige handlinger.

1.3 Avgrensninger.

Fokuset i oppgaven vil ligge på bestemmelsene i opphavsrettsdirektivets artikkel 6 og gjennomføringen av denne i norsk rett. Som jeg vil komme inn på senere er datamaskinprogrammer unntatt fra disse bestemmelsene, derfor vil ikke

⁶ Se Koktvedgaard (2002) s.145.

datamaskinprogrammer behandles i større utstrekning enn det som er nødvendig i forhold til å forklare implementeringen av opphavsrettsdirektivets artikkel 6.

I denne oppgaven vil jeg heller ikke behandle reglene som angår vern for elektronisk rettighetsinformasjon (opphavsrettsdirektivet artikkel 7). Men det bemerkes at grensen kan være flytende og at disse reglene er nært beslektede, i og med at elektronisk rettighetsinformasjon ofte er inkorporert i tekniske beskyttelsessystemer.⁷ Hensynet til begrensning av oppgaven tilsier imidlertid at problemstillinger omkring elektronisk rettighetsinformasjon ikke vil behandles i denne oppgaven.

En inngående behandling av sanksjoner som straff, erstatning og inndragning vil også falle utenfor denne oppgaven. Fokus vil ligge på hvorvidt brukere kan pådra seg ansvar etter åndsverkloven ved å omgå tekniske beskyttelsessystemer, ikke hvilken reaksjon som er aktuell i konkrete tilfeller.

Hovedsakelig er det som nevnt gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet i norsk rett som vil behandles, men amerikansk rett og andre europeiske lands gjennomføring vil også trekkes inn for å illustrere forskjeller og likheter. Oppgaven pretenderer imidlertid ikke å gi en uttømmende behandling av det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer i disse landene.

1.4 Metode.

Metodemessig vil denne oppgaven være en komparativ analyse. Jeg vil i hovedtrekkene foreta en sammenligning av det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer i EUs opphavsrettsdirektiv og det norske lovforslaget. Dette gjøres fordi det norske lovforslaget er et direkte resultat av opphavsrettsdirektivet og at Norge har forpliktet seg til å oppfylle de kravene direktivet stiller til lovgivningen. I den grad lovforslaget avviker fra direktivet vil dette kunne illustrere svakheter og uklarheter ved regelverket, men også hvor lovforslaget representerer en direkte oversettelse av direktivet, kan reglene vise seg å være problematiske. Jeg vil i denne forbindelse trekke inn eksempler fra andre

⁷ Se nedenfor i kap.2.

europiske land som enten har implementert direktivet eller er i ferd med å implementere det.

Av flere grunner har jeg valgt å sammenligne EUs opphavsrettsdirektiv med den amerikanske Digital Millennium Copyright Act av 1998. For det første er man i USA generelt dominerende på rettighetshaversiden når det gjelder bruken av teknologiske beskyttelsessystemer på åndsverk. For det andre har man i USA lengre tids erfaring med det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer idet DMCA har vært en del av amerikansk rett siden 1998. For det tredje medfører sammenfallende behov og internasjonale avtaler at opphavsrettsdirektivet og DMCA kan sammenlignes.

1.5 Rettskilder

1.5.1 WIPO

De nye problemstillingene som digital teknologi har reist på det opphavsrettslige området har initiert internasjonalt samarbeid om å finne løsninger. I 1996 ble det fremforhandlet to nye traktater innen det internasjonale organet WIPO (World Intellectual Property Organization). Disse traktatene er internasjonalt kjent som "the WIPO Internet Treaties" og består av WIPO Copyright Treaty (WCT) og WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT). Disse traktatene er en del av "The WIPO Digital Agenda" som er en gjennomføring av WIPO's målsetninger for å utvikle praktiske løsninger på de innvirkninger den nye teknologien har på opphavsrettens område.⁸

Verken WCT eller WPPT er signert av Norge, men traktatene er imidlertid lagt til grunn for EU's arbeid med opphavsrettsdirektivet.⁹

I begge WIPO-traktatene (WCT og WPPT) finnes det bestemmelser som pålegger avtalepartene å sørge for et rettslig vern mot omgåelse av "effektive teknologiske tiltak" som rettighetshaver bruker for å begrense tilgangen til sine verk.¹⁰ Traktatene har imidlertid ikke bestemmelser som verner mot forberedende handlinger til omgåelse (produksjon, spredning, tjenester osv.).

⁸ Se WIPO's informasjonside "copyright and related rights". Tilgang: www.wipo.int/copyright

⁹ Høringsforslaget s.9

¹⁰ WCT art.11 og WPP art.18.

1.5.2 Opphavsrettsdirektivet

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2001/29/EF om harmonisering av visse aspekter vedrørende opphavsrett og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet (opphavsrettsdirektivet) ble vedtatt den 22. mai 2001. Målsetningen med direktivet er å gjennomføre de to ovenfor nevnte WIPO-traktatene i EF-retten.¹¹

Direktivet harmoniserer for det første eneretten til eksemplarframstilling, overføring til allmennheten og eneretten til spredning av eksemplarer av verk. For det andre hjemler direktivet, i tråd med tradisjonell opphavsrett, en rekke nasjonale unntak fra enerettene. For digital utnyttelse er listen over unntak uttømmende, mens det for analog utnyttelse gis adgang til å beholde de eksisterende nasjonale unntakene.¹²

Når det gjelder tekniske beskyttelsessystemer inneholder også direktivet vidtrekkende bestemmelser som skal gi et rettslig vern av slike. Dette gjelder typisk kopisperrer og krypteringssystemer som rettighetshaver benytter på digitale verk. Bestemmelsene er utformet med tanke på den opphavsrettslige balanse og inneholder derfor unntak fra omgåelsesforbudet i visse tilfelle. Jeg vil gå nærmere inn på disse bestemmelsene nedenfor.

Gjennom EØS-avtalen og tilleggsavtalen til denne er Norge forpliktet til å tilpasse sin opphavsrettslovgivning til det nye EU-direktivet.¹³ Norge er folkerettslig forpliktet til å implementere reglene i direktivet, men et direktiv vedtatt av EU har ikke nødvendigvis direkte virkning i norsk rett.¹⁴ Bestemmelsene kan ikke påberopes overfor norske domstoler før direktivet blir gjennomført i norsk rett.

1.5.3 Nordiske rettskilder

1.5.3.1 Gjennomføring i norsk rett.

Lov av 12.mai 1961 nr.2 om opphavsrett til åndsverk (åndsverkloven) regulerer beskyttelsen og utnyttelsen av åndsverk. Utviklingen av disse reglene har alltid vært et

¹¹ Summaries of legislation: Copyright and related rights in the information society: the harmonisation of certain aspects. Tilgang: www.europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26053.htm

¹² Opphavsrettsdirektivet artikkel 5.3. litra o).

¹³ Hensikten med ensartede opphavsrettsregler innen EU er å realisere det indre marked.

¹⁴ Se Sejersted (1995) s.144

resultat av den teknologiske utviklingen og de tekniske mulighetene for masseutnyttelse av åndsverk.¹⁵

Arbeidet med å gjennomføre endringene opphavsrettsdirektivet krever er i gang, og Departementets¹⁶ høringsforslag hadde høringsfrist 25. juni 2003. Behandlingen av den norske gjennomføringen i denne oppgaven bygger på dette høringsforslaget. En odelstingsproposisjon er forventet fremmet i løpet av høsten 2004.

1.5.3.2 Nordisk lovsamarbeide.

Det nordiske reformarbeidet på opphavsrettsområdet, som ble innledet allerede på 70-tallet når det gjelder åndsverklovens forhold til den teknologiske utvikling, har ført til at den nordiske lovgivningen har blitt stort sett likeartet.¹⁷ Likeartede opphavsrettsregler har praktisk betydning for den kulturelle utvikling i Norden, og er avgjørende hvis nordiske løsninger skal ha gjennomslagskraft internasjonalt. Også forberedelsene til gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet er skjedd i et fellesnordisk samarbeid. Også på dette området har de nordiske landene søkt å komme frem til felles løsninger.¹⁸

1.5.4 Digital Millennium Copyright Act.

Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ble vedtatt i USA i 1998, og var ment å implementere de foran omtalte WIPO-traktatene i den amerikanske opphavsretten. Section 103 i DMCA tilføyde et nytt kapittel 12 til "Title 17" i amerikansk lov. Kapitlet omhandler det rettslige vern av tekniske beskyttelsessystemer, og section 1201 i U.S. Copyright Act gjennomfører WIPO-traktatenes bestemmelser angående vernet for tekniske beskyttelsessystemer.¹⁹

Bestemmelsene i amerikansk opphavsrett som gjennomfører WIPO-traktatenes bestemmelser om vern av tekniske beskyttelsessystemer tilsvarer stort sett de reglene som senere er bestemt i opphavsrettsdirektivet, men avviker på noen spesielle punkter. Dette vil jeg komme tilbake til senere i oppgaven.

¹⁵ Høringsforlaget s.6.

¹⁶ Kulturdepartementet.

¹⁷ Koktvedtgaard (2002) s.36.

¹⁸ Høringsutkastet s.15.

¹⁹ The Digital Millennium Copyright Act of 1998. U.S. Copyright Office Summary.
www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf - (04.10.2004)

DMCA og tolkingen av bestemmelsene i amerikansk rett er et nyttig hjelpemiddel ved tolkingen av opphavsrettsdirektivet.

1.6 Den videre fremstillingen.

I kapittel 3 vil jeg gjøre rede for vernet mot den direkte omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer, både slik vernet er utformet i opphavsrettsdirektivet, og hvordan den foreslåtte implementeringen i norsk rett arter seg.

Videre vil jeg i kapittel 4 på samme måte gjøre rede for vernet for det jeg har valgt å kalle forberedende handlinger til den omgåelsen det ble gjort rede for i kapittel 3.

Deretter vil jeg gjøre rede for unntakene fra det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer i kapittel 5.

Bestemmelsenes forhold til datamaskinprogrammer vil jeg behandle i kapittel 6, før jeg vil diskutere hvorvidt det norske lovforslaget representerer en gjennomføring som er i samsvar med direktivteksten i kapittel 7.

Til slutt vil jeg gi min egen vurdering av det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer.

Først vil jeg imidlertid gjøre rede for bruken av tekniske beskyttelsessystemer i praksis og hvordan slike sperrer fungerer. Det er viktig for helhetsforståelsen av det nye rettslige vernet artikkel 6 innfører, at man har oversikt over bakgrunnen og de prinsipielle funksjonsmåtene til tekniske beskyttelsessystemer.

2 Teknisk beskyttelsessystem.

2.1 Digital kopiering.

Før datamaskiner, internet og CD-brennere ble vanlige på hjemmekontorene var det vanskelig å skape kopier av et verkseksemplar uten at dette gikk ut over kvaliteten på kopien. Hvis man skulle kopiere en hel bok til privat bruk var dette både en tungvint og dyr prosess, og hvis man ønsket å massekopiere en film i høykvalitet krevde dette en betydelig innsats, kunnskap og kapital. Det var de færreste som hadde de ressurser som var påkrevd, og som samtidig brukte dem på ulovlig kopiering og spredning.

Piratkopiering forekom selvsagt, men i et forholdsvis lite omfang og med en ikke så ubetydelig kvalitetsforringelse mellom hvert kopieringsledd (generasjonstap).

Til tross for den (etter nåtidens målestokk) heller beskjedne piratkopieringen som tidligere fant sted, har rettighetshavere alltid lagt ned store ressurser på å beskytte verkene mot ulovlig kopiering.²⁰ Tidligere var det nok hovedsakelig selve kopieringen som rettighetshaverne reagerte mot, men etter hvert har rettighetshaverne også forsøkt å stoppe selve redskapene som kan brukes til ulovlig kopiering. Jeg tenker da spesielt på kampen for å forby videospillere med opptaksfunksjon (VCR) på 70-tallet, hvor Universal City Studios gikk rettens vei for å stoppe salget av videospillere som kunne ta opp tv-programmer med den begrunnelse at dette var et verktøy som kunne brukes til å krenke opphavsretten.²¹

I dag er situasjonen endret dramatisk. Både utviklingen av datateknologien og det faktum at datamaskiner nærmest er allemannseie, har ført til at mulighetene for eksemplarframstilling og spredning av opphavsrettslig vernede verk har fått en enorm

²⁰ Lessig - Free Culture (2004) s.62 flg.

²¹ Universal City Studios v. Sony Corporation of America, 659 F.2d963 (1981). Amerikansk Høyesterett bestemte imidlertid at forbrukernes opptak av tv-sendinger var såkalt "lawful fair use" og dermed var videobåndopptageren lovlig. (I Tyskland kom derimot domstolene til motsatt resultat, noe som resulterte i kompensasjonsordninger).

økning. Med dagens programvare og datamaskiner er kopiering av alle verk som er tilgjengelige i digitalt format en forholdsvis enkel prosess. Å produsere en digital kopi er i de fleste tilfeller tilnærmet kostnadsfritt, krever ingen spesielle kunnskaper, og kopien vi bli like god som originalen. Det skjer heller ikke noe generasjonstap ved kopiering av digitale tegn.²² I tillegg fører både tilgangen til og økningen av båndbredden på internet, at det er enkelt og raskt å spre digitale kopier (både lovlige og ulovlige) over hele verden.

Rettighetshaverne har med god grunn bekymret seg over denne utviklingen. Spesielt på grunn av den økende bruken av peer-to-peer tjenester på internet, og det faktum at forsøkene på å stoppe denne bruken ved saksanlegg ikke har hjulpet så mye.²³ Hittil har man prøvd å beskytte opphavsrettslig vernede verker ved hjelp ulike former for tekniske beskyttelsessystemer, gjerne i kombinasjon med ulike typer avtalebestemmelser.

Selve bruken av tekniske beskyttelsessystemer for å beskytte ulike former for informasjon mot adgang og kopiering er ikke noe nytt i seg selv. Kodede kabel- og satellittsendinger, kopisperrede datamaskinprogrammer og kopibeskyttelse på videofilmer har vært vanlig i mange år.²⁴ Noen av disse beskyttelsessystemene har allerede et visst rettslig vern.²⁵

2.2 Hva er et teknisk beskyttelsessystem?

2.2.1 Innledning.

Med begrepet "teknisk beskyttelsessystem" sikter man vanligvis til programmer eller tekniske metoder som begrenser adgangen eller bruksmulighetene til et verk. Det er med andre ord tekniske løsninger som gjør det mulig for rettighetshaveren å kontrollere og bestemme om og i hvilken grad et verk skal kunne brukes. Det er vanskelig å gi noen

²² Wagle og Ødegaard (1997) s.63.

²³ Smith. *From Napster to Kazaa: The battle over peer-to-peer filesharing goes international*. I: Duke Law & Technology review 2003. nr.8.

Tilgang:<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2003dltr0008.html>.

²⁴ Westman – *Tekniske Åtgärder* i NIR 2003 s.561.

²⁵ For eksempel er det ved straffeloven § 262 uttrykkelig forbudt å skaffe seg tilgang til kringkastingssignaler eller andre kodede tjenester ved å bryte en beskyttelse. Denne bestemmelsen setter også forbud mot formidling av dekodingsinnretninger etc.. Men bestemmelsen gjelder i forhold til *tjenester*, og ikke *åndsverk*.

presis definisjon av hva et teknisk beskyttelsessystem er, men det kan i prinsippet omfatte alt fra en fysisk lås på en datamaskin til avanserte adgangssperrer. Når man bruker begrepet innen opphavsretten tenker man tenker man vanligvis på bruk av sjekksummer, kryptering o.l. i dataprogrammer og datafiler, og/eller fysiske eller mekaniske sperrer på media eller avspillere som hindrer eller begrenser uautorisert kopiering og annen bruk. Dette omfatter typisk kommersielle softwarebaserte beskyttelsessystemer som finnes på CD/DVD-plater, men som også finnes på media som overføres over internet. De fleste beskyttelsessystemer av denne typen krypterer hovedinnholdet på mediet ved bruk av en spesiell nøkkel, denne nøkkelen legges til mediet som en såkalt digital signatur.²⁶ Et dekrypteringsprogram blir deretter lagt til mediet. Dette programmet bruker den digitale signaturen for å dekryptere hovedinnholdet.²⁷ Et eksempel på en annen metode å hindre kopiering på er å legge inn fysiske feil på for eksempel CD-plater som gjør at CD-brennere tror det er feil på mediet og avbryter kopieringsprosessen. Denne metoden har imidlertid ført til problemer for forbrukere fordi CD-plater med denne typen beskyttelse blant annet ikke har fungert på bærbare CD-spillere og bilstereo.²⁸

Det finnes mange forskjellige typer av tekniske beskyttelsessystemer, og jeg ser ingen grunn til å forsøke å lage en uttømmende oppregning. På grunn av at den store variasjonen av teknologiske beskyttelsessystemer er det derfor ikke overraskende at lovgiverne har hatt store problemer med å finne en dekkende definisjon som er teknologinøytral nok til å ta høyde for videre utvikling.²⁹ Grensen mellom de forskjellige typene vil ofte være flytende og overlappende. Jeg skal her i korte hovedtrekk bare gjøre rede for noen sentrale kategorier som er relevant på opphavsrettens område.

²⁶ En digital signatur kan skjules på forskjellige måter i mediet.

²⁷ Eksempler på slike er SAFEAUDIO, Musicguard, Cactus Data Shield og Safedisc. Listen over slike beskyttelsessystemer er lang og de forbedres til stadighet. Se artikkelen CD/DVD protections på URL: http://www.cdmediaworld.com/hardware/cdrom/cd_protections.shtml

²⁸ Dette skyldes ofte at denne typen avspillere bruker kopiering til minnet som en del av "anti-shock"-funksjonen.

²⁹ Koelman (2000) – *Protection of technological measures*. s.171.

2.2.2 Kopisperrer.

De fleste kopisperrer er designet nettopp for å hindre eksemplarframstilling av opphavsrettslig vernet materiale. Slike beskyttelsessystemer kan også begrense bruk av verket, for eksempel ved at kun et bestemt antall kopier av verket kan lages før kopibeskyttelsen trer i kraft.

Fra et rent teknisk synspunkt kan det allikevel se ut som om det nesten er umulig å hindre enhver bruker fra å lage kopier fra media som CD-plater, DVD-plater og programvare på CD-ROM. Et grunnleggende problem er at disse mediene krever en form for avspiller, for eksempel en CD-spiller, DVD-spiller, videospiller eller datamaskin. Denne avspilleren må kunne lese innholdet for å kunne fremføre innholdet for brukeren. Dette betyr at det vil være mulig å produsere en avspiller som først leser innholdet og deretter skriver ut en eksakt kopi av det leste, enten til samme type media eller til et annet format som for eksempel en harddisk.

Uansett kvaliteten på kopibeskyttelsen som prøver å hindre denne prosessen vil alltid analog kopiering være mulig, men som regel med en viss kvalitetsforringelse. Musikk som avspilles via høyttalere kan man alltid kopiere ved hjelp av opptaksutstyr. Tekst kan ofte skrives ut eller fremvises på skjerm, og dette kan for eksempel kopieres ved hjelp av skanner eller rett og slett skrives av manuelt. Et annet eksempel som har vært særlig aktuelt for filmer er såkalte "bootleg" eksemplarer av de nyeste filmer som vises på kino. Disse filmes i kinosalen, komprimeres, og tilgjengeliggjøres digitalt i peer-to-peer nettverkene lenge før DVD-utgivelsene kommer på markedet.³⁰

På grunn av dette faktumet er det flere som hevder at kopibeskyttelse ikke er ment å hindre "profesjonelle" pirater, men kun brukes for å hindre den lovlige private kopieringen som blir foretatt av brukere som ikke har noen spesialkunnskaper.

Som jeg har nevnt ovenfor er den mest vanlige formen for kopibeskyttelse i disse dager allikevel kryptering av innholdet.

2.2.3 Adgangssperrer.

Tekniske beskyttelsessystemer som er basert på kontroll av adgangen til et verk finnes også i mange varianter. Adgangssperrer blir typisk sammenlignet med en dør som krever den korrekte nøkkel i form av brukernavn og passord for at brukeren skal få

³⁰ Slike filmer blir populært kalt "telesync-filmer".

tilgang til verket. Dette er en måte å kontrollere om brukerne har lovlig tilgang til verket. Lovdata er et eksempel på en tjeneste som benytter seg av adgangssperre. Hvis man ikke har korrekt brukernavn og passord til Lovdata vil man ikke få adgang til databasen. Adgangssperrer kan også være en kombinasjon av spesiell visningsprogramvare for streaming og et passordsystem.³¹ Adgangssperrer kan i likhet med kopisperrene ha en begrensende funksjon. Dette kan for eksempel skje ved at de begrenser antallet ganger verket skal kunne vises eller ved tidsbegrenset bruk, som man ofte bruker i forbindelse med ”shareware”.

I tillegg kan dette omfatte typiske tilgangssperrer som forutsetter bruk av godkjent avspillingsutstyr som tilfellet er for soneinndelingen av dvd-spillere, eller en kombinasjon av hardware og software.³²

2.2.4 Beskyttelsessystemer som kan måle i hvilken grad et verk blir utnyttet.

Et eksempel på dette er Digital Rights Management (DRM) som kan bestå av en kombinasjon av flere forskjellige typer rettighetskontroll. Fortalt på en forenklet måte er dette systemer som har en langt bredere funksjonalitet enn systemer som kun beskytter mot uautorisert adgang eller kopiering. DRM systemer er basert på digitale teknologier som kan beskrive og identifisere innhold, og opprettholde begrensninger som rettighetshaverne har gitt for distribusjon og bruk av digitalt innhold. Forskjellen på ”vanlige” tekniske beskyttelsessystemer og DRM, er at DRM ikke hindrer adgang eller kopiering i seg selv. DRM skaper i stedet et sikkert miljø hvor forskjellige bruksmuligheter, for eksempel kopiering, bare er praktisk mulige hvis de samsvarer med reglene som er fastsatt av rettighetshaverne.³³ Vanlige DRM baserte systemer sikrer både at forbrukere betaler for den spesifikke bruk av verksinnholdet og at innholdet beskyttes mot uautorisert tilgang og bruk. Beskyttelsessystemer av denne

³¹ For eksempel bruker NRK et slikt system i sin lyd- og videospiller på internet.

³² For eksempel en såkalt ”dongle”, som kan være en hardware-nøkkel som må settes i USB-porten på datamaskinen for at programmet skal fungere. En ”dongle” kan både representere en adgangssperre og en kopibeskyttelse.

³³ Hugenholtz (2003) - *The future of levies in a digital environment*. s.11. ”As the words ‘digital rights management’ suggest, DRM systems are based on digital technologies that describe and identify content, and enforce rules set by right holders or prescribed by law for the distribution and use of content”

typen finnes ofte i kombinasjon med bruk av elektronisk rettighetsinformasjon. Adobe reader er et kjent eksempel på slik programvare.

Mange er svært skeptiske til bruken av DRM og advarer mot at slike beskyttelsessystemer kan gå mye lengre enn eksisterende bestemmelser i opphavsrettlovgivning og avskaffe alle de samfunnsnyttige unntakene i lovgivningen, samt at de kan utgjøre en teknisk trussel mot ytringsfriheten.³⁴

³⁴ Thierer og Crews (2002) s.189 flg.

3 Vern mot direkte omgåelse av tekniske beskyttelsessystem.

3.1 Opphavsrettsdirektivet.

Opphavsrettsdirektivet artikkel 6 er delt inn i fire ledd. Artikkel 6.1 omhandler selve omgåelseshandlingen, mens artikkel 6.2 oppstiller et forbud mot forberedende handlinger til omgåelseshandlingen. Artikkel 6.3 gir en legaldefinisjon av hva som menes med tekniske beskyttelsessystemer, og hva som skal til for at de er ”effektive”. Til slutt omhandler artikkel 6.4 visse unntak fra det rettslige vernet.

3.1.1 Artikkel 6.1

Opphavsrettsdirektivets artikkel 6.1 bestemmer: ”Member States shall provide adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person concerned carries out in the knowledge, or with reasonable grounds to know, that he or she is pursuing that objective.”³⁵

Forbudet i artikkel 6.1 gjelder omgåelse av ”tekniske beskyttelsessystemer”. For å presisere hva som menes med dette begrepet i opphavsrettsdirektivet er det gitt en definisjon i artikkel 6.3. Denne definisjonen lyder:

“For the purposes of this Directive, the expression ‘technological measures’ means any technology, device or component that, in the normal course of its operation, is designed to prevent or restrict acts, in respect of works or other subjectmatter, which are not authorised by the rightholder of any copyright or any right related to copyright as provided for by law or the sui generis right provided for in Chapter III of Directive 96/9/EC.”

³⁵ Den uoffisielle norske oversettelsen av artikkel 6.1 inneholder en noe kuriøs feil. I oversettelsen er ordet ”effektive” utelatt. Dette er et ganske viktig ord med tanke på at definisjonen av hva som anses effektivt er sentral for forståelsen av artikkel 6. Utelatelsen kan ha ført til at flere av instansene som har innlevert høringsuttalelser har misforstått rekkevidden av artikkel 6.1.

Etter dette kan det se ut som om enhver teknologi som rettighetshaveren bruker for å beskytte sitt materiale mot uautorisert bruk, vil omfattes av denne definisjonen. Dette vil bety at opphavsrettsdirektivet krever at alle medlemsland skal gi rettslig vern for tekniske beskyttelsessystemer uavhengig av om de hindrer brukere fra utnyttelse som er opphavsrettslig relevant eller ikke.

Imidlertid inneholder definisjonen en begrensning i beskyttelsesomfanget. Tekniske beskyttelsessystemer skal bare vernes hvis de hindrer handlinger som angår opphavsrettslig beskyttet materiale. Dette går frem av at definisjonen av tekniske beskyttelsessystemer knyttes til “works or other subjectmatter, which are not authorised by the rightholder of any copyright “. I et tidligere forslag til direktivet sa denne delen av artikkel 6.3 ”designed to prevent or inhibit the infringement of any copyright“, som er klarere i denne henseende.³⁶ Grunnen til at ordlyden ble endret var at man ville presisere at artikkel 6.1 gjaldt uavhengig av unntakene i artikkel 5.³⁷ I tillegg presiseres denne begrensningen av at opphavsrettsdirektivet artikkel 1.1 sier: ”This Directive concerns the legal protection of copyright and related rights in the framework of the internal market, with particular emphasis on the information society.” Tekniske beskyttelsessystemer som beskytter materiale som ikke er vernet av opphavsretten kan omgås uten at handlingen rammes av bestemmelsen i artikkel 6.1. For eksempel vil en kopisperre på et verk som ikke lenger nyter opphavsrettslig vern (for eksempel på grunn av at vernetiden er utløpt) lovlig kunne omgås.

I tillegg til dette krever direktivet at det tekniske beskyttelsessystemet skal være effektivt for å oppnå rettslig vern. Det er uklart hva som legges i dette begrepet, men en definisjon er gitt i artikkel 6.3 annet punktum:

” Technological measures shall be deemed ‘effective’ where the use of a protected work or other subjectmatter is controlled by the rightholders through application of an access control or protection process, such as encryption, scrambling or other transformation of the work or other subject-matter or a copy control mechanism, which achieves the protection objective.”

³⁶ COM(1999)/250/final.

³⁷ Common Position (EC) no.48/2000 (2000/c344/01). Statement of the Council's reasons, pkt. 43.

For at et teknologisk beskyttelsessystem skal kunne være effektivt etter dette, kreves det at beskyttelsessystemet gjør det mulig for rettighetshaveren å kontrollere bruken av verket. Men for å være effektivt må også beskyttelsessystemet oppfylle sin funksjon som beskyttelsessystem. Antageligvis vil et teknologisk beskyttelsessystem være ineffektivt hvis det ikke fungerer som det skal eller hvis det er enkelt å omgå. Det er uklart hvor den nedre grense går, men å definere nærmere hva som ligger i begrepet vil nok til slutt bli en oppgave for EU-domstolen.³⁸

3.1.2 Tilstrekkelig vern.

Direktivet foreskriver at medlemsstatene skal sørge for ”adequate” rettslig vern for tekniske beskyttelsessystemer. Dette er en forholdsvis vag angivelse av det rettslige vernet. Strengt tatt vil en slik angivelse åpne opp for mange forskjellige grader av lovgivning i de forskjellige land. Hvis man ser bort fra tilfeller hvor man kan slå fast at lovgivningen vil være utilstrekkelig, så er det mange former og strenghetsgrader som man må anta er ”adequate” i direktivets forstand.³⁹ Hensynet til harmonisert lovgivning vil nok sannsynligvis føre til at de fleste land velger å legge seg nært opp til direktivteksten.

3.1.3 Skilles det mellom adgangssperrer og kopisperrer?

Artikkel 6.1 i opphavsrettsdirektivet sier ikke noe uttrykkelig om hvorvidt det skal skilles mellom beskyttelsessystemer som kontrollerer adgang og beskyttelsessystemer som kontrollerer kopiering. Hvis man sammenligner med reglene i DMCA oppstiller disse i denne forbindelse et klart skille mellom ”a technological measure that effectively controls access”⁴⁰ og ”a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner”.⁴¹ Med andre ord opererer DMCA med et klart skille mellom tekniske beskyttelsessystemer i form av adgangskontroll og tekniske beskyttelsessystemer som beskytter mot opphavsrettslig relevante handlinger. Det er kun tekniske

³⁸ Koelman. *International Context – The International Protection of Technological Measures in Europe*. (www.euro-copyrights.org/index/13/52).

³⁹ Foged (2002) – s.15.

⁴⁰ US Copyright Act - section 1201(a)(1)

⁴¹ US Copyright Act - section 1201(b)(1)

beskyttelsessystemer for adgangskontroll som beskyttes mot direkte omgåelse i DMCA, mens både opphavsrettslig relevante handlinger og adgangskontroll vernes i forhold til de forberedende handlinger. Grunnen til at tekniske beskyttelsessystemer som verner mot opphavsrettslig relevante handlinger ble unntatt fra vern mot direkte omgåelse var for å sikre at samfunnet skulle ha muligheten til såkalt "fair-use" av vernede verk.⁴² Skillet får uansett begrenset betydning siden såkalte forberedende handlinger til dette rammes. Det blir bare nyttig for personer som selv har den tekniske ekspertise til å omgå slike beskyttelsessystemer.⁴³

Opphavsrettsdirektivet har ikke et klart skille mellom disse to typene tekniske beskyttelsessystemer. Det kan imidlertid se ut som om det er meningen at direktivet skal gjelde begge typer beskyttelsessystemer hvis man ser på definisjonen av "effective" i artikkel 6.3 som uttrykkelig nevner "access control". Men jeg kan ikke se at det har, som i DMCA, vært meningen å opprette et rettslig skille mellom disse to typene beskyttelsessystemer i direktivet. Det går i hvert fall ikke uttrykkelig frem av direktivet.

Dette har ført til en del usikkerhet omkring forståelsen av bestemmelsen for de EU-landene som har implementert direktivet. Dette kommer frem hvis man ser på de forskjellige utslagene reglene har fått i Danmark, Nederland og Tyskland. Danmark implementerte opphavsrettsdirektivet ved lovendringer 17 des. 2002. I de danske bestemmelsene vernes ikke beskyttelsessystemer som besørger adgangskontroll. Dette begrunnes med at adgangshetigheter ikke faller inn under opphavsmannens eneretter, og dermed faller utenfor verneområdet til artikkel 6.⁴⁴ I Tyskland derimot vernes tekniske beskyttelsessystemer i form av adgangskontroll så lenge verket som beskyttes er et åndsverk.⁴⁵ Nederland har vedtatt en definisjon av teknologiske

⁴² U.S. Copyright Office Summary – The Digital Millennium Copyright Act of 1998.s.4. "This distinction was employed to assure that the public will have the continued ability to make fair use of copyrighted works. Since copying of a work may be a fair use under appropriate circumstances, section 1201 does not prohibit the act of circumventing a technological measure that prevents copying."

⁴³ Foged (2002) – s.20.

⁴⁴ Euro CopyRights – The protection of technological measures in Europe. Oversikt over implementeringen i Danmark av Terese Foged. 23.01.04. (www.euro-copyrights.org/index/4/11).

⁴⁵ Euro CopyRights – The protection of technological measures in Europe. Oversikt over implementeringen i Tyskland av Dr.Alexander Peukert. 15.03.2004. (www.euro-copyrights.org/index/14/49).

beskyttelsessystemer som nesten er helt lik definisjonen i direktivet, noe som allerede har ført til tvil om rekkevidden. Forståelsen av bestemmelsen synes å være at den ikke bare verner adgangskontroll til åndsverk, men også enhver omgåelse som ikke er autorisert av rettighetshaveren. Kamiel Koelman beskriver forvirringen slik: "However, there is some confusion as to the exact scope of protection of technological measures. At first, the Minister of Justice asserted that technological measures that control access are covered (Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 482, nr. 3, p. 55). Later on, he stated that only measures which hinder acts that are restricted under copyright law, i.e. the acts of reproducing a work and of making it available to the public, are protected (Handelingen Tweede Kamer, 11 February 2004, p. 50-3346)".⁴⁶

Noe som er interessant i denne forbindelse er at DMCA, som klart skiller mellom adgangskontroll og opphavsrettslig relevante handlinger, forbyr omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer som verner mot adgang uten å stille opp det samme forbudet for beskyttelsessystemer som verner mot opphavsrettslig relevante handlinger. I stedet forbys forberedende handlinger til omgåelse av beskyttelsessystemer som verner mot opphavsrettslig relevante handlinger.⁴⁷ Dette betyr at man i USA tillater at en privatperson omgår et teknisk beskyttelsessystem for å muliggjøre opphavsrettslige relevante handlinger men forbyr å yte hjelp til slike handlinger. I opphavsrettsdirektivet gjør man det motsatte, og forbyr å omgå tekniske beskyttelsessystemer, mens man åpner for å yte hjelp til slik omgåelse i visse unntakssituasjoner (i artikkel 6.4).

3.1.4 Hva menes med "å omgå"?

Opphavsrettsdirektivet artikkel 6.1 forbyr "circumvention" av tekniske beskyttelsessystemer. Hva som menes med "circumvention" er ikke nærmere definert i direktivet. I DMCA har man valgt å ta med en definisjon som sier at "circumvention" betyr: "to descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the

⁴⁶ Euro CopyRights – The Protection of Technological Measures in Europe. Oversikt over implementeringen i Nederland av Kamiel Koelman og Menno Briët. 01.08.04. (www.euro-copyrights.org/index/1/10).

⁴⁷ se note 41.

authority of the copyright owner.”⁴⁸ Dette er en meget vid definisjon som vil ramme de fleste tilfellene hvor noen klarer å skaffe seg uautorisert tilgang til et verk.⁴⁹ Om man legger den samme mening i ”circumvention” i direktivet vites ikke, men ved en tolkning av ordet slik det brukes ellers i språket vil man nok komme frem til et like bredt nedslagsfelt som den amerikanske definisjonen har.

3.1.5 Skyldkrav.

Artikkel 6.1 oppstiller videre et skyldkrav, nemlig ”knowledge” eller ”reasonable grounds to know”. Det vil si at for å kunne straffes for en omgåelse av et teknisk beskyttelsessystem, må det hos gjerningsmannen foreligge en viten eller en rimelig grunn til å vite at han foretar en omgåelseshandling. Det vil ikke være nok å vise til at gjerningspersonen har foretatt en omgåelse, men man må også påvise ond tro.

DMCA oppstiller strengere regler enn direktivet på dette området og rammer også omgåelse som skjer uaktsomt.⁵⁰ Den som ved et rent uhell omgår et teknisk beskyttelsessystem i USA kan straffes for det. Denne forskjellen kan føre til at når direktivets regler anvendes i konkrete saker vil direktivet være mindre rigid enn DMCA.⁵¹

I forbindelse med at artikkel 6.1 bare krever ”adequate legal protection” er det ikke noe krav om at man implementerer reglene i en straffebestemmelse selv om de fleste land velger å straffesanksjonere bestemmelsen. Nederland har i denne forbindelse valgt å unngå bruken av straffesanksjoner. Dette fordi bestemmelsens tvetydighet og unøyaktighet gjør at å pålegge straff ville bryte med et grunnleggende prinsipp i nederlandsk strafferett som sier at straffebestemmelser skal være klare og avgrensede.⁵²

⁴⁸ U.S. Copyright Act - Section 1201(a)(3)(A)

⁴⁹ Foged (2002) – s.19.

⁵⁰ US Copyright Act section 1201a.

⁵¹ Foged (2002) – s.32.

⁵² Euro CopyRights – The Protection of Technological Measures in Europe. Oversikt over implementeringen i Nederland av Kamiel Koelman og Menno Briët. 01.08.04. (www.euro-copyrights.org/index/1/10).

3.2 Det norske lovforslaget.

Den foreslåtte § 53a første ledd lyder som følgende:

”For å muliggjøre bruk som er omfattet av enerettene angitt i § 2, jfr. § 11a, er det forbudt å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer som har til formål å kontrollere tilgang til og bruk av et vernet verk, og som benyttes av rettighetshaver eller den han har gitt samtykke.”⁵³

I samsvar med direktivet gir bestemmelsen et rettslig vern for såkalte ”effektive tekniske beskyttelsessystemer”.

Det er bemerkverdig nok ikke inntatt noen form for legaldefinisjon av hva som menes med begrepet ”teknologiske beskyttelsessystemer” i den norske bestemmelsen.

Departementet begrunner heller ikke hvorfor det ikke er inntatt en legaldefinisjon av begrepet i lovforslaget, men slår kun fast at det ikke foreslår å definere dette i loven.⁵⁴

Det foreligger neppe en allmenn språklig forståelse av hva som ligger i et slikt begrep. Rent språklig kan jo et teknologisk beskyttelsessystem være et låst bagasjerom på en bil. Hvis min bærbare datamaskin med en e-bok ligger i bagasjerommet kan jo bestemmelsen anvendes på tilfeller hvor noen bryter låsen på bagasjerommet og kopierer e-boken fra datamaskinen. En legaldefinisjon av begrepet ville nok derfor bidratt til å klargjøre begrepet og området for bestemmelsen. Når det allikevel ikke er tatt med en legaldefinisjon av begrepet betyr det at eventuelle rettsanvendere må kjenne til det bakenforliggende direktivet og forarbeidene for å vite hva som ligger i begrepet. Det er imidlertid problematisk å utforme en legaldefinisjon som samtidig tar høyde for fremtidig utvikling, og en definisjon vil derfor måtte bli temmelig vag og unyansert.⁵⁵ Det er tenkelig at det er den brede språklige forståelsen av begrepet som er meningen i bestemmelsen, men siden bestemmelsen gjennomfører artikkel 6 i direktivet vil det være naturlig at man ønsker å legge tilsvarende mening i et så sentralt begrep.

Den tilsvarende definisjonen i Danmark er kortere enn direktivdefinisjonen og sier: ”Ved effektive tekniske foranstaltninger i stk. 1 og 2 forstås enhver form for effektive tekniske foranstaltninger, der under deres normale funktion har til formål at beskytte

⁵³ § 53a første ledds henvisning til § 2, jfr §11a gjelder lovforslagets nye §§ 2 og 11a.

⁵⁴ Høringsutkastet s.60.

⁵⁵ Koelman (2000) – *Protection of technological measures*. s.171.

værker og andre frembringelser m.v., som beskyttes i henhold til denne lov.”⁵⁶ Denne definisjonen sier strengt tatt det samme som bestemmelsen i artikkel 6.3, men bare på en enklere og mer kortfattet måte. Man kan imidlertid si at det faktisk er det samme som blir sagt i § 53a første ledd, og at man derfor ikke trenger noen legaldefinisjon.

Det er heller ikke foreslått å definere hva som menes med ”effektivt” i bestemmelsen. Begrepet utdypes heller ikke noe nærmere i høringsutkastet, og det synes sannsynlig at man legger definisjonen i direktivet til grunn. Definisjonen av ”effective” i artikkel 6.3 er imidlertid som jeg har tidligere har vært inne på intetsigende. Et teknisk beskyttelsessystem vil jo åpenbart være ”effektivt” hvis det oppfyller sin beskyttende funksjon. Et teknisk beskyttelsessystem vil da være ineffektivt hvis det kan omgås uten spesielle vanskeligheter eller uten spesielle hjelpemidler. Et lignende spørsmål var oppe i RG 2004 s.414 (DVD-Jon-saken) hvor lagmannsretten på s.418 uttalte: ”Det er på det rene at krypteringsalgoritmen i CSS er svak. På det tidspunkt filmbransjen og forbrukerelektronikkbransjen gikk sammen om å utarbeide et system for sikker distribusjon av innholdet på en DVD-plate, forbød den amerikanske eksportlovgivningen at det ble brukt mer enn 40 bit kryptering. Det byr ikke på alt for store problemer å knekke en slik kryptering. ... Krypteringen må etter dette regnes som svært svak.”.⁵⁷ Videre sies det på s.424: ”Det bemerkes for øvrig at det faktum at beskyttelsessystemet ble kompromittert snarere skyldes at systemet var utilstrekkelig enn at forsøkene var spesielt iherdige.”. På den andre siden kan man heller ikke kreve at det er et ugjennomtrengelig system (da ville lovbestemmelsen være overflødig). I høringsforslaget gis det uttrykk for at om det kvalitativt sett er en svak sperre spiller liten rolle, og at så lenge beskyttelsessystemet fungerer etter sitt formål vil det være ”effektivt” i lovens forstand..⁵⁸

Sannsynligvis må man vente til problemstillingen har vært oppe i domstolene, som vil kunne vurdere hvert enkelt tilfelle og utforme rettspraksis på området, før man kan vite hva eksakt som legges i effektivitetsbegrepet. Rettsenhetshensyn tilsier imidlertid at

⁵⁶ Den danske ophavsretsloven § 75c stk.4.

⁵⁷ DVD-Jon-saken gjaldt imidlertid hvorvidt Straffeloven § 145 annet jfr. tredje og fjerde ledd var overtrådt.

⁵⁸ Høringsutkastet s. 62.

definisjonen i opphavsrettsdirektivet også må gjelde i Norge, selv om den ikke er uttrykkelig inntatt i åndsverkloven.

I bestemmelsen er det også presisert at den gjelder i forhold til enerettene, dvs. tilgjengeliggjøring for allmennheten og eksemplarframstilling (opphavsrettslig relevante handlinger). Bestemmelsen nevner uttrykkelig at den også gjelder i forhold til tekniske beskyttelsessystemer som verner om adgang til vernet verk. Siden bestemmelsen kun gjelder i forhold til "å muliggjøre bruk som er omfattet av enerettene angitt i § 2, jf. § 11a.." er det klart at adgangskontroll bare er vernet i forhold til opphavsrettslig relevante handlinger. I høringsutkastet er det også uttrykkelig presisert at bestemmelsen i første ledd kun gjelder de opphavsrettslig relevante handlinger (på side 60). I motsetning til det som gjelder i opphavsrettsdirektivet og DMCA vil ikke den norske bestemmelsen ramme omgåelser som kun muliggjør adgang.

Dette vil i praksis bety at omgåelse for å muliggjøre fremføring innenfor det private er tillatt etter § 53a, men omgåelse for å muliggjøre kopiering derimot vil være forbudt fordi det er omfattet av rettighetshavers eneretter (etter de nye reglene). Et typisk eksempel er hvor beskyttelsessystemet CSS for DVD-plater omgås for å kunne spille av en film i operativsystemet Linux. Dette vil være lovlig så lenge dette skjer innenfor det private området.

Dilemmaet består imidlertid i at tekniske beskyttelsessystemer ofte vil bestå av én kode som både er ment å hindre avspilling og kopiering. Dette betyr at hvis man omgår den tekniske sperren for å muliggjøre fremføring innenfor det private, så vil man samtidig omgå sperren som gjør eksemplarframstilling mulig. Eksemplarframstillingsretten er en opphavsrettslig relevant handling og omfattes av opphavsmannens enerett, jfr. §§ 2 og 11a, og dette er det som nevnt ikke tillatt å omgå tekniske beskyttelsessystemer for å muliggjøre. Problemet er da at når man omgår en teknisk sperre for å muliggjøre privat fremføring, som ikke er straffbart, gjør man også en handling som er straffbar (omgår et teknisk beskyttelsessystem som verner mot eller begrenser opphavsrettslig relevante handlinger).

Departementet har ved utformingen av lovforslaget valgt å løse dette ved å gjøre klart i forarbeidene at meningen er at hvis det vernede verket er sperret med en kode som hindrer avspilling, så vil det være ulovlig å omgå denne sperren for å muliggjøre offentlig fremføring, men omgåelse for å muliggjøre fremføring innefor det private området vil være lovlig. Hvis det vernede verket er sperret med en kode som hindrer

eksemplarframstilling vil det være forbudt å omgå denne (unntakene fra dette utgangspunktet vil behandles nedenfor i kap.5).

Hvis verket så er sperret med en kode som hindrer både framføring og digital eksemplarframstilling, så avhenger det av formålet med omgåelsen om det kan karakteriseres som en lovlig omgåelse. Hvis formålet med omgåelsen er å muliggjøre privat framføring er omgåelsen lovlig uavhengig av om det som en konsekvens av omgåelsen betyr at også digital eksemplarframstilling blir mulig.⁵⁹ Det blir da et bevissspørsmål om den tekniske sperren er omgått for å muliggjøre privat avspilling eller for kopiering.

Dette betyr selvfølgelig ikke at man får en alminnelig rett til å kopiere verket hvis en sperre fjernes for avspilling, men verket vil da nyte beskyttelse etter de generelle reglene i åndsverkloven som for eksempel tillater kopiering til privat bruk. I høringsutkastet derimot konstateres det lakonisk at en etterfølgende kopiering ikke er tillatt (s.90).⁶⁰ Dette blir etter min mening litt for unøyaktig. Selv om det foreslåtte § 11 tredje ledd, annet punktum forbyr eksemplarframstilling på grunnlag av eksemplarer som har vært gjenstand for omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer, så er det presisert i denne bestemmelsen at forbudet gjelder omgåelse i strid med § 53a. En omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer for å muliggjøre tilgang eller bruk som ikke er opphavsrettslig relevant vil ikke stride mot § 53a. Følgelig vil en kopiering til privat bruk være lovlig så lenge den foretas etter en omgåelse som blir foretatt alene i den hensikt å muliggjøre privat framføring. Hvis kopiering til privat bruk ikke var en del av formålet på omgåelsestidspunktet vil åndsverklovens vanlige begrensninger i enerettene gjelde for det omgatte eksemplaret.

Høringsutkastet er uklart på dette punktet og det synes som om problemet ikke har vært et tema under arbeidet med implementeringen. Når et beskyttelsessystem er fjernet for å muliggjøre privat framføring vil jo man sitte igjen med et verkseksemplar som er mulig å kopiere. Hvis man så velger å lage en digital kopi av dette verket omgår man jo ikke et teknisk beskyttelsessystem med det formål å muliggjøre kopieringen. Hvis departementet har ment at en slik etterfølgende kopiering (til privat bruk) ikke skulle være lovlig, burde dette etter min mening gått klart frem av lovforslaget.

⁵⁹ Høringsutkastet s. 90.

⁶⁰ "Selv om det er klart at koden fjernes for avspilling gir dette selvfølgelig ingen rett til kopiering".

På bakgrunn av fremstillingen i høringsutkastet og det som er sagt om direktivet ovenfor i kap.3.1.4 synes det rimelig å tolke ”å omgå” slik at det innbefatter enhver fjerning av sperrer eller manipulering av sperrer. Å omgå en sperre vil jo i mange tilfeller bety at man sletter selve sperren, slik at mediet vil kunne avspilles uten at det er noen form for teknisk beskyttelse som kontrollerer hva som kan foretas med verket. Noen annen forståelse av hva som skal menes med ”å omgå” ville gjøre det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer virkningsløst.

4 Vern mot forberedende handlinger.

4.1 Opphavsrettsdirektivet.

Tidligere forslag til bestemmelser om tekniske beskyttelsessystemer i WIPO-traktatene inneholdt et vern også mot forberedende handlinger, men en del nasjoner, deriblant Norge, gikk sterkt imot dette forslaget på det siste møtet i Genève og de endelige traktattekstene fikk mer begrensede bestemmelser.⁶¹ Opphavsrettsdirektivets tekst tyder imidlertid på at man i EU har valgt å gjennomføre bestemmelser som harmonerer med det opprinnelige forslaget til WIPO-traktatene.

Artikkel 6.2 bestemmer derfor at også andre handlinger enn selve omgåelsen av et teknisk beskyttelsessystem skal være forbudt. Artikkel 6.2 rammer det som kan kalles forberedende handlinger til omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer og søker å forby/begrense spredningen av omgåelsesverktøy. Bestemmelsen lyder:

”Member States shall provide adequate legal protection against the manufacture, import, distribution, sale, rental, advertisement for sale or rental, or possession for commercial purposes of devices, products or components or the provision of services which:

(a) are promoted, advertised or marketed for the purpose of circumvention of, or

(b) have only a limited commercially significant purpose or use other than to circumvent, or

(c) are primarily designed, produced, adapted or performed for the purpose of enabling or facilitating the circumvention of,

any effective technological measures.”

Bestemmelsen er nesten identisk med de såkalte ”anti-trafficking provisions” i DMCA.⁶² De amerikanske bestemmelsene finner man i U.S. Copyright Act section 1201(a)(2) for adgangssperrer og 1201(b)(1) for kopibeskyttelse. I USA har

⁶¹ Dusollier (1999) s. 290.

⁶² U.S. Copyright Act - section 1201(a)(2) som gjelder adgangssperrer og section 1201(b)(1) som gjelder opphavsrettslig relevante handlinger.

bestemmelsene allerede foranlediget kjente rettssaker som Goldstein-saken⁶³ og Sklyarov-saken.⁶⁴

Artikkel 6.2 er meget vid og kan ramme de fleste handlinger som kan ligge forut for en direkte omgåelse bortsett fra den som for rent private formål produserer eller besitter et omgåelsesverktøy. Den omhandler andre sentrale aktiviteter enn selve omgåelseshandlingen og gjør at selve innretningene som kan brukes til omgåelseshandlinger blir vanskeligere tilgjengelige. På dette punktet skiller vernet for tekniske beskyttelsessystemer i opphavsrettsdirektivet seg fra forbildet i WCT, som bare forbyr omgåelseshandlingen. Bestemmelsen gjelder både aktiviteter knyttet til fremstilling og til spredning av produkter eller innretninger som har til hovedformål å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer. Spredning vil dekke både det å dele ut gratis (eks. som "freeware") og det å selge eller leie ut slike innretninger.⁶⁵ I tillegg rammes besittelse, hvis formålet med besittelsen er kommersiell. Dette vil bety at en privatperson lovlig kan inneha omgåelsesutstyr så lenge han ikke har tenkt å utnytte det ervervsmessig, selv om det kan være forbudt å bruke det til omgåelseshandlinger. Tjenester omfattes også av forbudet, dette betyr ifølge departementet at det å distribuere

⁶³ Universal v. Corley. Denne rettsaken kom i kjølvannet av den norske DVD-jon saken. Motion Picture Association of America (MPAA) saksøkte forfatterne av nettsiden www.2600.com som hadde en link til nettsiden som inneholdt koden DeCSS (som gjør det mulig å dekryptere DVD-plater). Domstolen mente at dette kvalifiserte til "trafficking" under section 1201(a).

⁶⁴ US v. ElcomSoft Co & Dmitry Sklyarov. Den russiske kryptologistudenten Dmitry Sklyarov utviklet programmet Advanced Ebooks processor for sin arbeidsgiver ElcomSoft. Programmet gjorde det mulig å omgå sperren i Adobes Elektroniske bøker slik at programmet kunne overføres til det mer vanlige formatet Portable Document Format (PDF). Programmet virket kun på lovlig anskaffede e-bøker og ble markedsført til blinde fordi programmet kunne iverksette høytlesning av slike e-bøker. Sklyarov ble arrestert under en IT-konferanse i Las Vegas og siktet for brudd på section 1201(b). På grunn av all oppmerksomhet saken fikk valgte Adobe å trekke sin anmeldelse, men FBI opprettholdt siktelsen. Siktelsen ble imidlertid senere frafalt mot at Sklyarov stilte opp som vitne i en rettssak mot ElcomSoft. Selskapet ble imidlertid frifunnet på alle punkter da dommeren i saken hadde instruert juryen i saken om at ElcomSoft ikke kunne kjennes skyldig med mindre selskapet bevisst hadde til hensikt å bryte loven.

⁶⁵ Høringsutkastet s.55.

rene anvisninger eller informasjon om hvordan man skal gå frem for å omgå sperrer, vil rammes.⁶⁶

Selv om artikkel 6.1 ikke rammer omgåelse av teknologiske beskyttelsessystemer når de verner ikke-opphavsrettslig materiale, vil artikkel 6.2 i stor grad hindre at omgåelsesmidler som kan brukes for dette formålet blir tilgjengelig. Dette kommer av at de samme tekniske beskyttelsessystemer kommer til å bli brukt både for å verne om vernede verk og ikke-vernede verk. Midler til omgåelse av slike beskyttelsessystemer kommer i de aller fleste tilfelle å oppfylle kravene i noen av punktene a-c.⁶⁷ En konsekvens av dette er at de fleste omgåelsesmidler vil kunne ha et lovlig bruksområde. Hvis slike omgåelsesmidler ikke var tilgjengelige, så ville heller ikke den tillatte bruk være mulig. Hvis derimot produksjon, spredning etc. av omgåelsesmidler vil være lovlig så lenge de kan ha lovlig bruksområder, så vil heller ikke mange omgåelsesmidler rammes av forbudet.⁶⁸ Det fremgår ikke klart av direktivet hvorvidt slike forberedende aktiviteter skal være absolutt forbudt, eller om de kan tillates hvis de for eksempel produseres for å muliggjøre lovlig omgåelse.

Det fremgår ikke klart av direktivet hvorvidt bestemmelsen bare gjelder i forhold til de opphavsrettslig relevante handlinger på samme måte som i forhold til artikkel 6.1, men den samme begrunnelse som gjelder for artikkel 6.1 (jfr. diskusjonen ovenfor i kap.3.1.1) bør etter min mening også gjelde for artikkel 6.2. Derfor vil det være vanskelig å opprettholde et forbud mot de forberedende handlinger når den handlingen kan være lovlig i ett tilfelle og ulovlig i andre.⁶⁹

Den brede utformingen av artikkel 6.2 kan nok også føre til konflikter med

⁶⁶ se note 65.

⁶⁷ Westman – *Tekniska Åtgärder*. I: NIR 2003 s575.

⁶⁸ Koelman (2000). *A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures*. s.274.

⁶⁹ Koelman (200). *A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures*. s.274 : "It is hard to see how to reconcile a ban on the manufacturing and distribution of circumvention devices with the limitations of copyright. Many systems will probably be used to protect 'works' as well as public domain material. Moreover, whether a copyright exemption applies often depends upon the circumstances. Therefore, circumventing the same measure, which protects the same material, may be lawful in one situation and prohibited in another. As a consequence, most circumvention enabling devices will probably have some lawful use or another."

ytrings- og informasjonsfriheten. Å informere andre om hvordan man omgår en kopisperre kan føre til at man blir straffet. At utstyr som kan brukes til lovlige formål blir forbudt kan i seg selv være problematisk. Det kan sammenlignes med å forby kubein fordi de kan brukes til å gjøre innbrudd med. Denne problemstillingen har likhetstrekk med den omsetning av varer som drøftes av Erling Johannes Husabø i boken "Straffansvarets periferi – Medverkning, forsøk, førebuing" (1999) på side 100 hvor forfatteren sier: "Nær sagt ei kvar vare kan bli nytta som middel til eit brotsverk. Visse vareslag medfører jamvel ein påreknelig fare for å bli brukt slik. Men like fullt er det semje om at straffansvar normalt er utelukka både for produsent og selger." Forfatteren sammenligner dette med omsetning av for eksempel våpen og medisiner som eksempler på tillatt risiko. Så lenge varene kan tjene et lovlig formål, er ikke problemet å begrunne straffrihet, men å begrunne at salg til andre kan utløse medvirkeransvar.⁷⁰

Det er også verdt å merke seg at det ikke er noe krav til forsett eller kunnskap i artikkel 6.2. Dette betyr at man kan straffes for å ved et uhell ha spredt informasjon om hvordan man kan omgå et teknisk beskyttelsessystem.

4.2 Det norske lovforslaget.

Lovforslagets § 53a annet ledd lyder:

" Det er videre forbudt for spredning til allmennheten å produsere eller innføre, fremby for salg eller leie, tilby tjenester eller for ervervsmessig formål besitte innretninger som

- a) frembys med det formål å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer,
- b) kun har begrenset kommersiell nytte for annet formål enn å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer, eller
- c) hovedsakelig er utviklet for å muliggjøre eller forenkle slik omgåelse."

Bestemmelsen forbyr produksjon, besittelse i ervervsøyemed, kommersiell utnyttelse, tjenester og lignende av tekniske beskyttelsessystemer. Det er verdt å merke seg at hvis formålet med produksjonen eller innførselen ikke er spredning til allmennheten, så vil den ikke rammes av bestemmelsen. Det fremgår ikke klart av andre ledd om innretningene må verne opphavsrettslig vernede verker. Ordlyden i lovteksten kan tyde

⁷⁰ Lessig. *Free Culture* (2004) s.160. Lessig sammenligner også problemstillingen med våpenomsetning.

på at det er meningen at alle slags omgåelsesinnretninger skal rammes, uavhengig av om formålet med det tekniske beskyttelsessystemet verner mot opphavsrettslig relevant omgåelse. Departementet sier imidlertid i høringsutkastet at ”forbudet vil bare omfatte produksjon, import, spredning m.v. av utstyr som tar sikte på å muliggjøre opphavsrettslig relevante handlinger (som er i strid med første ledd).”⁷¹ Dessuten gjelder både litra a, b og c i forhold til ”effektive tekniske beskyttelsessystemer”. Dette er som nevnt ikke definert i lovforslaget, men departementet sier i diskusjonen omkring dette i høringsutkastet at ”bestemmelsen bare vil omfatte de tekniske beskyttelsessystemer som anvendes for å hindre eller begrense opphavsrettslig relevante handlinger, jf. artikkel 6.3 første punktum”.⁷² Dermed synes det klart at det er meningen at andre ledd skal relateres til første ledd når det gjelder den opphavsrettslige relevans. Hvis denne forståelsen er korrekt vil det innebære at man må bedømme hva som er hovedformålet med omgåelsesinnretningen. Hvis hovedformålet er å muliggjøre fremføring innenfor det private området vil bestemmelsen ikke ramme innretningen, selv om den samtidig muliggjør privat eksemplarframstilling.

I denne forbindelse synes jeg det er verdt å merke seg at en av grunnene til at Nederland ikke innfører straff for ulovlig omgåelse (som jeg har nevnt ovenfor) er at kriteriet under bokstav b er så uklart. Inntil domstolene har avgjort nøyaktig når en innretning ”bare i begrenset omfang har annet kommersielt formål eller annen bruk enn omgåelse”⁷³, så vil det være vanskelig å vite om man bryter loven eller ikke.⁷⁴ Er det for eksempel nok at over halvparten av innretningens funksjonsområder kan benyttes til omgåelse? Eller må innretningen være dominert av omgåelsesfunksjonen? Kriteriet er uklart og den endelige tolkingen må nok avgjøres av domstolene i konkrete tilfeller.

⁷¹ Høringsutkastet s.91.

⁷² Høringsutkastet s.60.

⁷³ Fra den uoffisielle norske oversettelsen.

⁷⁴ Euro CopyRights – The Protection of Technological Measures in Europe. Oversikt over implementeringen i Nederland av Kamiel Koelman og Menno Briët. 01.08.04. (www.euro-copyrights.org/index/1/10)

5 Unntak fra vernet.

5.1 Opphavsrettsdirektivet.

Opphavsrettsdirektivets artikkel 6.4 er en bestemmelse som skal sørge for at visse unntak eller begrensninger fra opphavsretten også blir virkningsfulle i forhold til det rettslige vern for tekniske beskyttelsessystemer. Unntakene i bestemmelsen knytter seg til unntakene som er listet opp i opphavsrettsdirektivet artikkel 5.2 og 5.3. Unntakene i artikkel 5.2 og 5.3 er unntak som medlemslandene selv kan velge å implementere.⁷⁵ I artikkel 6.4 første ledd er det plukket ut sju av disse unntakene som skal sikres under visse forutsetninger. Når unntakene benyttes i artikkel 6.4 første ledd er de imidlertid obligatoriske unntak, og dette betyr at selv om en medlemsstat har valgt å unnlate implementering av unntaket etter artikkel 5.2 eller 5.3 så må unntaket finnes i forhold til implementeringen av artikkel 6.4.

U.S. Copyright Act inneholder åtte lignende unntak i section 1201(c) – (j), men har ikke den samme reguleringsmodellen for når unntakene får anvendelse som direktivet foreskriver. DMCA setter kun opp en uttømmende liste over unntak fra vernet av tekniske beskyttelsessystemer, men setter ingen lignende vilkår for mekling mellom rettighetshaver og berettiget slik man finner i direktivet.

Bestemmelsen i artikkel 6.4 første ledd legger for det første opp til at det mellom rettighetshaverne og de aktuelle brukergrupper skal inngås frivillige avtaler som muliggjør bruk selv om verkene er vernet med tekniske beskyttelsessystemer. Hvis dette ikke gjøres, vil medlemslandene være forpliktet til å se til at rettighetshaverne gir brukerne en faktisk mulighet til å utøve den hjemlede bruk.⁷⁶ Denne oppfordringen til å sørge for frivillige ordninger fra rettighetshavernes side er til og med tatt inn i punkt 51 i ingressen til direktivet.

⁷⁵ Artikkel 5.2 og 5.3 innledes med: "Medlemsstatene *kan* fastsette unntak..." (min utheving).

⁷⁶ Høringsutkastet s.57

Deretter bestemmer artikkel 6.4 annet ledd at medlemslandene kan selv velge om de vil innføre regler som på samme måte gjøre det mulig å gripe inn for å tilgodese en berettiget etter unntaket for kopiering til privat bruk i artikkel 5.2.b.

Artikkel 6.4 første ledd gjelder i følge henvisningene fotokopieringsunntaket i artikkel 5.2.a, adgangen til kopiering for bibliotek, arkiv, undervisningsinstitusjoner i artikkel 5.2.c, adgangen til å gjøre efemære opptak for kringkasterne i artikkel 5.2.d, adgangen til å gjøre opptak av kringkasting for visse sosiale institusjoner i artikkel 5.2.e, adgangen til bruk i undervisning og forskning i artikkel 5.3.a, adgangen til å gjøre bruk for tilpasning til funksjonshemmede i artikkel 5.3.b og adgangen til bruk for å ivareta hensyn til offentlig sikkerhet og saksbehandling, etterforskning og rettsforhandlinger i artikkel 5.3.e. Det forutsettes selvsagt at disse brukerne har lovlig tilgang til det verket. I første omgang henvises det som nevnt til avtaler mellom de berettigede og rettighetshaverne. Det er meningen at rettighetshaverne på forhånd skal sørge for tilfredsstillende tiltak som gjør at de berettigede sikres bruk i samsvar med de aktuelle unntakene. Først når dette ikke gjøres skal avtalepartene treffe hensiktsmessige tiltak for å sikre de som nyter godt av unntakene i nasjonal lovgivning.

Dette kan ifølge det norske høringsutkastet (s.63) bety at rettighetshaverne da må gi fra seg verktøy for å omgå den aktuelle sperre, eller at rettighetshaverne selv bistår med å gi kopieringsadgang. Det er ikke lett å se hvordan dette er planlagt gjennomført i praksis. Er det for eksempel meningen at en bruker først er rettslig forpliktet til å kontakte rettighetshaveren, og hvis rettighetshaveren nekter å bistå må brukeren da gå rettens vei? Kan han selv anskaffe omgåelsesverktøy og utføre omgåelsen hvis ikke rettighetshaveren hjelper ham? Eller er det meningen at den berettigede skal kontakte myndighetene, slik at en offentlig ansatt tar kontakt med rettighetshaveren om dette? Bestemmelsen bærer preg av at man har ønsket å se an utviklingen, slik at hvert medlemsland selv kan finne fornuftige løsninger basert på behovene som oppstår. Til slutt vil det være EU-domstolen som må avgjøre hvilke løsninger som kan godtas.⁷⁷

Det er heller ikke nevnt noe om tidsfrist i direktivet, så i prinsippet kan en nasjonal lovgivning foreskrive mange års betenkningstid for rettighetshaveren uten at dette direkte strider mot direktivet. Direktivet overlater den nærmere løsningen av dette

⁷⁷ Hugenholtz (2000). *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*. S.501-502.

problemet til medlemslandene. Dette har hittil blitt løst på forskjellige måter i de forskjellige medlemsland. I Tyskland og Østerrike må man gå rettens vei⁷⁸, mens i Danmark må man klage til den danske opphavsrettslisensnemnden og hvis rettighetshaveren ignorerer pålegg fra nemnden lengre enn 4 uker kan den berettigede omgå sperren selv.⁷⁹ I Frankrike er det foreslått en lignende løsning idet de berettigede må klage til "collège de médiateurs".⁸⁰ Den italienske løsningen ligner også på den danske ved at man klager til en komité, mens den greske løsningen er bruk av en meklingsmann.⁸¹ I Storbritannia er det lagt opp til en ordning med klageadgang til myndighetene,⁸² mens det i Finland er foreslått at spørsmålet skal avgjøres ved voldgift.⁸³ I Nederland er det verken lagt opp til en nemnd eller andre klageordninger og man velger å avvente for å se om det oppstår problemer.⁸⁴ Det gjenstår å se hvordan de resterende land velger å løse dette, men løsningene ser ut til å bli langt fra harmoniserte. Et problem med denne bestemmelsen er at den kun henviser til artikkel 6.1, dvs. at hvis unntakene kommer til anvendelse må man til slutt kunne omgå det tekniske beskyttelsessystemet.⁸⁵ Men det har ikke så stor verdi når artikkel 6.2 fremdeles forbyr de nødvendige forberedende handlinger for omgåelse. Det er dermed usikkert om medlemslandene har anledning til å tillate for eksempel produksjon eller import av omgåelsesverktøy for dette formålet. Med mindre den berettigede har teknisk ekspertise nok til selv å lage det nødvendige verktøy for å omgå beskyttelsessystemet vil en dispensasjon fra artikkel 6.1 ikke hjelpe mye.

⁷⁸ Brown 2004 [online]. Country reports-Germany (Tilgang: <http://www.fipr.org/copyright/guide/germany.htm>). Tyskland foreskriver i sin Urheberrechtsgesetz § 111a jf. § 95b at rettighetshavere som ikke stiller hjelpemidler til den berettigedes rådighet risikerer en bot på inntil 50000€.

⁷⁹ Dansk ophavsretslov § 75d første ledd.

⁸⁰ Den foreslåtte code de la propriété intellectuelle Art.L.331-7.

⁸¹ Brown 2004. Country reports [online].

⁸² Den berettigede kan rette klage til Secretary of State, jf. The Copyright and Related Rights Regulations 2003 section 296ZE.

⁸³ Jf. den foreslåtte § 50c i finsk åndsverkllov.

⁸⁴ Auterswet artikel 29a nr4.

⁸⁵ Artikkel 6.4 første ledd sier: "Notwithstanding the legal protection provided for in paragraph 1.."

Artikkel 6.4 andre ledd gir medlemslandene adgang til å bestemme unntak for digital kopiering til privat bruk. I likhet med hva som gjelder for første ledd er det meningen at rettighetshaverne selv skal få utvikle beskyttelsessystemene slik at de kan ivareta unntakene selv i den utstrekning det er nødvendig. Bestemmelsen henviser både til artikkel 5.2.b og 5.5, og forutsetter derfor at rettighetshaverne mottar kompensasjon for kopieringen. Videre forutsettes det at rettighetshaverne kan sette en begrensning på antallet eksemplarframstillinger. Det er uklart hvor stor denne begrensningen kan være, men jeg antar i alle fall at rettighetshaverne ikke kan sette antallet lavere enn 1 – i så fall ville bestemmelsen bli meningsløs.

Men verken i Danmark eller Sverige er et unntak for digital kopiering til privat bruk blitt innført eller foreslått. I følge Westman betyr dette at man ikke kan kopiere en CD for å spille den på en MP3-spiller hvis kopieringen hindres av et teknisk beskyttelsessystem.⁸⁶ Men som jeg har gjort rede for ovenfor så vil en slik omgåelse foregå med det formål å muliggjøre privat fremføring og dermed være lovlig.

Hvis man ser på unntakene i artikkel 6.4 første og annet ledd legger man merke til at det fremdeles er mange av unntakene i artikkel 5 som ikke nevnes. Eksempler på unntak som ikke nevnes er berettiget reproduksjon som foretas av pressen (5.3.c), sitater for formål for kritikk eller anmeldelse (5.3.d) og bruk til karikatur, parodi eller pastisj (5.3.i). Hva med disse unntakene? Hvis man ser på ordlyden i artikkel 6.4 første og annet ledd som foreskriver hva medlemslandene ”skal” og ”kan”, så indikerer dette at medlemslandene ikke kan vedta regler som tillater omgåelse til fordel for unntak som ikke rent konkret er nevnt i artikkel 6.4.⁸⁷ Det er allikevel usikkert om dette er en riktig tolkning siden dette ikke sies uttrykkelig i direktivet. Det er i denne forbindelse merkelig at det åpnes for å tillate omgåelse for privat kopiering og ikke for de ovenfor nevnte unntak, med tanke på at det er betydelig vanligere å bruke de tekniske beskyttelsessystemene for å hindre privat kopiering enn i forhold til de sistnevnte unntak.⁸⁸

Etter min mening er det allikevel naturlig å forstå bestemmelsen at medlemslandene ikke har anledning til å bestemme andre innskrenkninger i enerettene enn det første og

⁸⁶ Westman – Tekniska Åtgärder. I: NIR 2003 nr 6. s.577.

⁸⁷ Foged (2002) – s.37.

⁸⁸ Dette er kommentert det svenske författningsförslag - Sd 2003:35 på side 355.

annet ledd foreskriver. Å begrense unntaksadgangen i annet ledd til privat kopiering ville ellers være meningsløst.

6.4 fjerde ledd bestemmer: "The provisions of the first and second subparagraphs shall not apply to works or other subject-matter made available to the public on agreed contractual terms in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.". Dette presiseres også i fortalens pkt. 53 hvor det sies: "The protection of technological measures should ensure a secure environment for the provision of interactive on-demand services, in such a way that members of the public may access works or other subject-matter from a place and at a time individually chosen by them. Where such services are governed by contractual arrangements, the first and second subparagraphs of Article 6(4) should not apply. Non-interactive forms of online use should remain subject to those provisions.".

Dette vil bety at i et interaktivt online-miljø, hvor såkalte "web-wrap"/"click-wrap" avtaler er vanlige, vil tekniske beskyttelsessystem få full beskyttelse, og unntakene vil ikke kunne anvendes. Med tanke på at internet trolig kommer til å bli den vanligste kanalen for å distribuere de fleste typer verk i fremtiden kommer bestemmelsen i fjerde ledd til å få stor betydning og vil da sannsynligvis føre til at de få unntakene som foreskrives i artikkel 6.4 vil miste mye av sin betydning.⁸⁹ Det vil imidlertid ikke være de samme behov som vil gjelde for et interaktivt online-miljø, som når man sitter med fysiske eksemplarer. I et interaktivt online-miljø har man som regel avtalt bruksvilkårene på forhånd, og brukere vil være inneforstått med de begrensninger som tjenestetilbyderen har satt.

Det er imidlertid uklart om "agreed contractual terms" som forbyr slik bruk av åndsverk som er unntatt fra det rettslige vernet av tekniske beskyttelsessystemer, vil være gyldige. Ordlyden i fjerde ledd kan imidlertid tyde på at opphavsrettsdirektivet tillater avtalevilkår som strider mot unntakene i første og annet ledd, idet en motsatt tolkning vil føre til at fjerde ledd synes overflødig.

I tillegg bestemmes det i artikkel 6.4 første ledd at unntakene kun kommer til anvendelse "såfremt de som nyter godt av unntakene eller avgrensningene har

⁸⁹ Westman. *Tekniska Åtgärder*. I: NIR 2003 s.577

rettmessig adgang til det aktuelle vernede verk eller arbeid.”⁹⁰ Denne presiseringen gjør det klart at unntakene ikke vil gjelde ovenfor adgangssperrer.⁹¹

Opphavsrettsdirektivet artikkel 6.4 femte ledd sier: ” When this Article is applied in the context of Directives 92/100/EEC and 96/9/EC, this paragraph shall apply *mutatis mutandis*.”. Dette er i tråd med artikkel 1.2 bokstavene b) og e). Dette vil si at når artikkel 6 kommer til anvendelse i tilknytning til utleiedirektivet og databasedirektivet så får unntaksbestemmelsene i artikkel 6.4 kun anvendelse så langt det passer. Når tekniske beskyttelsessystemer anvendes på databaser kan artikkel 6.4 da bare anvendes i forhold til de unntak som også hjemles i databasedirektivet.⁹² Etter det jeg kan se finner de fleste medlemslandene denne bestemmelsen uproblematisk og har enten inntatt bestemmelsen ordrett i den nasjonale lovgivningen eller valgt å ikke innta bestemmelsen i lovgivningen.

5.2 Det norske lovforslaget.

Den foreslåtte § 53b i åndsverkloven skal gjennomføre direktivets artikkel 6.4 som gjelder unntakene fra vernet for tekniske beskyttelsessystem.

I den foreslåtte § 53b innføres det en plikt for rettighetshaverne til å påse at den som har lovlig tilgang til et verk ikke hindres av tekniske beskyttelsessystemer når han skal bruke verket i visse unntakstilfeller. Unntakstilfellene listes opp i § 53b første ledd og henviser delvis til eksisterende unntak og unntak foreslått på bakgrunn av opphavsrettsdirektivet. Dette gjelder ved bruk av verk i undervisning (§§ 13 og 13a), i visse institusjoner (§ 15), i arkiv, bibliotek, undervisningsinstitusjoner og museer (§ 16), bruk for funksjonshemmede (§§ 17 og 17a), bruk for fremføring i undervisning (§ 21), bruk for offentlige forhandlinger m.v. (§§ 26-28), efemære opptak (§31) og databaser (§ 39h fjerde jfr. femte ledd).

I paragrafens andre ledd innføres en tvisteløsningsordning hvor rettighetshaverne etter begjæring kan pålegges å utlevere informasjon eller midler for å muliggjøre bruk av verket til den som har adgang til å bruke verket etter første ledd. Dette gjøres ved at en særskilt oppnevnt nemnd bestående av representanter fra både rettighetshaversiden og

⁹⁰ Fra den uoffisielle norske oversettelsen av opphavsrettsdirektivet.

⁹¹ Waelde (2001) – The Quest for Access in the Digital Era: Copyright and internet.

⁹² Dette er databasedirektivets artikkel 6 og 9 som omhandler unntak fra enerettene.

brukersiden skal forelegges saken og fatte vedtak.⁹³ I høringsutkastet utdypes ikke dette mer enn at departementet foreslår at det opprettes en ”særskilt oppnevnt nemnd [som] kan pålegge utlevering av nødvendig verktøy eller informasjon for på en enkel måte å muliggjøre bruk”. Denne nemnden bør i følge departementet bestå av representanter fra både rettighetshaver- og brukersiden med teknisk kompetanse og innsikt i bestemmelsene.

Det er uklart om det er meningen at den berettigede først må kontakte rettighetshaveren før han kan sende begjæring til den aktuelle nemnden. Dette temaet berøres ikke i høringsutkastet. Naturligvis er det ingenting i veien for at den berettigede selv kontakter rettighetshaveren og ber om at han oppfyller sin plikt etter § 53b første ledd, men det sies ikke eksplisitt at denne løsningen må prøves først. Trolig må § 53b tolkes slik at den berettigede kan sende en begjæring til nemnden med en gang det kan konstateres at rettighetshaveren ikke på forhånd har muliggjort unntakene.

Det er ikke satt noen frister i § 53b og i følge høringsutkastet er det meningen at nemnden skal sette en frist for rettighetshaveren for å muliggjøre bruk ”innen rimelig tid”.⁹⁴ I den tilsvarende danske bestemmelsen er denne fristen satt til fire uker.⁹⁵ På grunn av det nære nordiske samarbeidet vil et være rimelig å anta at den norske fristen vil ligge i nærheten av dette.

Hvis nemnda bestemmer det kan brukeren straffritt foreta omgåelse for berettiget å kunne bruke verket, jf. § 53b annet ledd.⁹⁶ Begrunnelsen for dette er at det ellers ville være vanskelig å håndheve et påbud overfor rettighetshaver (rettighetshaver befinner seg ofte i andre land). Det er imidlertid tvil om det er anledning til å vedta regler som lar den berettigede selv foreta omgåelsen.⁹⁷ Direktivteksten synes tvert imot å antyde at en berettiget ikke har lov til å foreta omgåelse på egenhånd. Artikkel 6.4 tredje ledd sier: ”The technological measures applied voluntarily by *rightholders*, including those applied in implementation of voluntary agreements, and technological measures applied in implementation of the measures taken by *Member States*, shall enjoy the legal protection provided for in paragraph 1” (mine uthevinger). Dette kan indikere at det er

⁹³ Høringsforslaget s. 63.

⁹⁴ Høringsutkastet s.63-64.

⁹⁵ Se note 79.

⁹⁶ Det samme gjelder i den danske opphavsretsloven. Se note 79.

⁹⁷ Foged (2002) – s.38.

forutsatt at kun rettighetshavere eller medlemslandene kan foreta omgåelsen. Men på den andre side kan det argumenteres for at omgåelse som medlemslandet har tillatt faller inn under ”measures taken by Member States” i artikkel 6.4 tredje ledd. I høringsutkastet sies det imidlertid at hvis nemndas frist ikke overholdes ”kan bruker straffritt foreta en slik omgåelse som er nødvendig for å gjøre den berettigede bruk av verket.”. Etter min mening er dette den forståelse som samsvarer best med bestemmelsens formål.

Lovforslagets § 53b tredje ledd lyder: ”Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke der vernet verk på avtalte vilkår ved overføring stilles til rådighet for allmennheten på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket”. Dette bestemmelsen er tilnærmet lik artikkel 6.4 fjerde ledd og medfører på samme måte at bestemmelsen om rettighetshavers plikt til å tilrettelegge for visse typer bruk ikke vil gjelde for de fleste tjenester som tilbys via internet.

Lovforslagets § 53b har ingen bestemmelse som tilsvare artikkel 6.4 femte ledd om forholdet til databaser m.v. I høringsutkastet legger imidlertid departementet til grunn at de unntak som nevnes i artikkel 6.4 første og annet ledd også kan gjennomføres i forhold til databaser. I høringsutkastet sies det på side 64: ”At gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet ikke skal gripe inn i databasedirektivets bestemmelser, må etter departementet oppfatning medføre at artikkel 6.4, ved anvendelse i forhold til databasedirektivet, bare skal gjelde så langt databasedirektivet artikkel 6.1, jf. artikkel 15 tillater.”. Dette er i grunnen det samme som sies i artikkel 6.4 femte ledd, og departementet, i likhet med mange av EUs medlemsland, mener tydeligvis at det er unødvendig å vedta denne bestemmelsen i lovgivningen.

5.3 Spesielt om privatbrukskopiering.

Et av de viktigste unntakene fra opphavsmannens eneretter i åndsverkloven er adgangen til å ta kopier av et verk til privat, ikke-kommersiell bruk. Dette har alltid vært et viktig prinsipp i norsk opphavsrett. Også i forslaget til endringer i åndsverkloven er dette unntaket fastslått, men i kombinasjon med en presisering av at dette ikke er tillatt på grunnlag av et ulovlig fremstilt eksemplar eller ved omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer i strid med åvl. § 53a, jf. lovforslaget § 11a. På denne måten har

departementet latt det være opp til rettighetshaveren om han vil tillate kopiering til privat bruk eller ikke.⁹⁸ Rettighetshaver har dermed muligheten til å hindre privatbrukskopiering eller begrense den ved legge inn tekniske restriksjoner, og dermed indirekte forby privatkopiering hvis han vil. Han kan for det første bruke tekniske beskyttelsessystemer på medier som inneholder åndsverk, som det vil være forbudt å omgå etter åvl. § 53a. I tillegg kan han pålegge brukere begrensninger gjennom privatrettslige avtalebestemmelser. En streng praktisering av dette vil si at det generelle unntaket for privatbrukskopiering i åvl. § 12 mister sin betydning, og at reguleringen av dette unntaket i stor grad blir overlatt til rettighetshaverne. Rettighetshaverne er dermed gitt muligheten til å gjøre privatbrukskopieringsunntaket tilnærmet verdiløst.

Jeg vil allikevel presisere at privatbrukskopiering etter tradisjonell oppfatning ikke er noen rettighet, men at man tidligere ikke har valgt å forby privatkopiering. Rettighetshaver hadde likevel anledning til å gjøre sitt ytterste for å hindre privatkopiering uten at en eksemplareier kunne påberope seg noen form for rett til å lage en kopi. Dette kan illustreres ved hjelp av to dommer fra Frankrike og Belgia. Den franske Stéphane P.-saken gjaldt en mann som hadde kjøpt filmen Mulholland Drive på DVD, og som senere fant ut at en teknisk sperre gjorde at han ikke kunne lage en kopi til privat bruk. Han visste ikke dette da han kjøpte DVD-platen fordi det ikke var noen form for merking eller informasjon på omslaget angående dette. Mannen, i samarbeid med den franske forbrukerorganisasjonen L'Union fédérale des consommateurs "Que Choisir" (UFC), valgte derfor å anlegge sak mot både produsenten og den franske distributøren. Saksøkerne hevdet i hovedsøksmålet at mannens rett til å ta privat kopi var krenket, men retten slo fast at det ikke fantes noen rett til å ta privat kopi. Retten begrunnet dette med at privatkopieringsunntaket i den franske opphavsrettlovgivningen ikke hadde preg av å være en rettighet, men at unntaket gjaldt slik at i de tilfeller hvor forbrukere ville lage en privat kopi så trengte ikke man innhente tillatelse fra rettighetshaveren. Retten hevdet videre at det samme ville være tilfellet etter at opphavsrettsdirektivet ble implementert uansett om Frankrike kom til å benytte seg av

⁹⁸ Høringsutkastet s.65.

muligheten til å gjøre unntak for privatkopiering. Dette fordi det å selge DVD-er er normal utnyttelse av et verk og unntaket ikke kan hindre den normale utnyttelse.⁹⁹

Den belgiske "Michel D." saken var nesten identisk med den franske saken bortsett fra at mediet var en CD-plate. Den belgiske domstolen mente også at privatkopieringsunntaket i den belgiske loven ikke var en "rettighet" som kunne påberopes av eksemplareiere, men i stedet var en lovmessig immunitet mot rettsforfølgelse.^{100 101}

Etter det som er sagt ovenfor mener jeg at det er sannsynlig at norske domstoler ville ha kommet til det samme resultatet.

Selv om Norge ikke har valgt å benytte seg av retten til å skape et unntak fra omgåelsesforbudet til fordel for eksemplarframstilling til privat bruk, så vil det være visse muligheter for privatkopiering til stede. Først og fremst i de tilfellene hvor et lovlig verktøy ikke reagerer på beskyttelsessystemet som forutsatt. For eksempel hvis en spesiell type CD-brenner og tilhørende programvare ikke reagerer på kopisperren, uten at man kan si at CD-brenneren og programvaren var produsert med dette formålet, så vil ikke produktet falle inn under omgåelsesinnretningene i § 53a annet ledd, dermed vil det være lovlig å anvende produktet til å kopiere til privat bruk (forutsatt at kopieringsgrunnlaget var lovlig anskaffet). Det er i denne forbindelse verdt å merke seg at det heller ikke foreligger noen form for plikt for produsenter til å produsere avspillere på en slik måte at sperrene fungerer.¹⁰²

Også hvor et beskyttelsessystem for eksempel fjernes for å kunne muliggjøre fremføring til privat bruk vil det være mulig å kopiere det ubeskyttede eksemplaret til privat bruk. Dette forutsetter selvfølgelig at det opprinnelige formålet med å fjerne beskyttelsen var å muliggjøre framstilling til privat bruk (ikke opphavsrettslig relevant

⁹⁹ Tribunal de grand instance de Paris 3ème chambre, 2ème section, Stéphane P., UFC Que Choisir/Société Films Alain Sarde et, Jugement du 30 avril 2004.

¹⁰⁰ Tribunal de première instance de Bruxelles, L'ASBL Association Belge des Consommateurs TestAchats/SE EMI Recorded Music Belgium, Sony Music Entertainment (Belgium), SA Universal Music, SA Bertelsmann Music Group Belgium, SA IFPI Belgium, Jugement du 25 mai 2004, No 2004/46/A du rôle des réfères.

¹⁰¹ Begge de nevnte dommene drøftes inngående av Natalie Helberger i artikkelen *"It's not a right, Silly! The private copying exception in practice"*. (2004).

¹⁰² Se høringsforslaget s.55.

handling) og ikke den senere privatbrukskopieringen. Dette kan selvfølgelig oppfattes som en omvei eller ”et hull” i den rettslige beskyttelsen, men vil innebære at adgangen til å ta digitale kopier til privat bruk fremdeles vil være en realitet. Helhetsinntrykket er allikevel at de nye reguleringene i åndsverkloven sørger for at adgangen til lovlig digital privatbrukskopiering begrenses betraktelig.

Uavhengig om det anvendes tekniske beskyttelsessystemer eller ikke, vil det som nevnt alltid være mulig å kopiere analogt.¹⁰³ Selv om dette kan føre til et kvalitetstap, vil det imidlertid bety at de unntak som ikke blir ivaretatt i de nye reglene kan få en praktisk betydning allikevel.

5.4 Unntak for forskning innen kryptologi.

5.4.1 Kort om kryptologi.

Ikke all omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer blir foretatt med ond hensikt.¹⁰⁴ Mye av den omgåelsen som forbys ved implementeringen av direktivet er omgåelse som normalt ikke ville betegnes som brudd på opphavsretten. Forskning innen kryptologi er et fagfelt hvor omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer er en vesentlig del av selve forskningsarbeidet. Et spesielt trekk ved forskningen innen kryptologi er samspillet mellom den som frembringer et teknologisk beskyttelsessystem og alle de som forsøker å omgå det.¹⁰⁵ Disse aktørene er som regel en del av det samme fagfelt. Normalt foregår forskningen slik at noen utvikler et beskyttelsessystem som de mener er sikkert, mens andre prøver å angripe beskyttelsessystemet for å finne svakheter. På bakgrunn av resultatene som offentliggjøres kan man lære av dette og utvikle nye, bedre systemer som igjen blir angrepet for å finne svakheter. På denne måten er omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer med på å fremme utviklingen innen kryptologi.

¹⁰³ se kap. 2.2.2.

¹⁰⁴ Vinje (1994) s.12 : “As Justice Laddie said with respect to copying (“not all copying is bad”, “sometimes copying and developing is to the general good”), not all circumvention is bad. Indeed, while the term “circumvention” is often invoked to conjure up images of some sort of inherently evil activity, disabling a technical measure can be a socially valuable act.”

¹⁰⁵ National Research Council (2000). *The Digital dilemma: Intellectual property in the information age*. s.313.

Proessen med å finne svakheter med de aktuelle sperrene foregår delvis ved faktiske omgåelseshandlinger og delvis ved teoretiske analyser hvor man konstaterer hvordan omgåelse kan gjøres i praksis.

I tillegg til denne metodiske fremgangsmåten spiller eksperimentelle forsøk på å omgå tekniske beskyttelsessystemer som beskytter kommersiell hardware og software en stor rolle.¹⁰⁶ Det hender til og med at kommersielle produsenter av engasjerer eksperter for å finne svakheter i systemene før de markedsføres, og i noen tilfeller utfordrer produsentene alle og enhver til å finne svakheter som muliggjør omgåelse slik tilfellet var i Felten-saken.¹⁰⁷ Dette fordi man selvfølgelig ikke kan stole på systemene før de har vært testet i sitt praktiske miljø.

Selv om det å ”angripe” tekniske beskyttelsessystemer er ansett som en legal og grunnleggende del av forskningen innen kryptologi, som er viktig både for forskningen og utviklingen av kommersielle systemer, betyr ikke dette at enhver som klarer å omgå et teknisk beskyttelsessystem har en rett til å utnytte de eventuelle åndsverk som var vernet.

5.4.2 Unntak for kryptologi i opphavsrettsdirektivet.

Artikkel 6 inneholder ingen unntak for forskning innen kryptologi, men det slås imidlertid fast i direktivets forale punkt 48 at det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer ikke bør hindre slik forskning (“In particular, this protection should not hinder research into cryptography.”). Dette utdypes ikke nærmere i direktivet, i stedet overlates det til medlemslandene å sikre dette unntaket. Det problematiske er at dette ikke er en garanti for at forskning innen kryptologi kommer til

¹⁰⁶ National Research Council (2000). *The Digital Dilemma* – s.314.

¹⁰⁷ I september 2000 utfordret teknologi-selskapet SDMI (som i hovedsak er initiert av RIAA) folk til å prøve å knekke deres tekniske beskyttelsessystemer som et ledd i et forsøk på å finne et felles standardsystem for RIAA. SDMI utlovet til og med en dusør på \$10.000 til den som kunne vise til at han hadde klart å knekke beskyttelsessystemet. Professor Felten fra Princeton University og hans medarbeidere klarte dette, men bestemte seg for ikke å ta imot dusøren fordi å motta den krevde at resultatet ikke skulle avsløres. Felten og hans medarbeidere skrev en avhandling om resultatene og kunne derfor ikke godta en slik begrensning. SDMI og RIAA truet deretter med å gå til sak for å få Felten til å fjerne resultatene fra avhandlingen. Saken endte ikke i rettsapparatet idet Felten valgte å bøye seg for kravet i frykt for høye saksomkostninger. Jfr. Samuelson. *Anticircumvention Rules: Threat to Science* (2001).

å bli unntatt det rettslige vernet. Den siste setningen i punkt 48 er for vag til dette og markerer bare at et slikt unntak er ønskelig.

Ved DMCA er det derimot inntatt forholdsvis detaljerte bestemmelser angående dette unntaket i U.S. Copyright Act s.1201(g). Denne bestemmelsen har imidlertid høstet mye kritikk fordi bestemmelsene er svært vage, krever at forskeren innhenter tillatelse fra rettighetshaverne og har en for snever definisjon av personkretsen som kan drive forskning.¹⁰⁸

I den danske opphavsrettsloven har implementeringen av direktivet kun ført til en generell unntaksregel for forskning innen kryptologi, og det ser ut som om den svenske loven kommer til å følge dette eksempelet.¹⁰⁹ I andre EU-land som for eksempel Nederland og Tyskland er det ikke innført noe unntak for kryptologi i lovgivningen, men det er i stedet generelt antatt at kryptologi ikke rammes av forbudet mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer.¹¹⁰

5.4.3 Unntaket for kryptologi i det norske lovforslaget.

Den foreslåtte § 53a tredje ledd har en tilsvarende unntaksbestemmelse som den vi finner i den danske loven, og sier: ”Bestemmelsen i første ledd gjelder ikke for den omgåelse av effektive tekniske beskyttelsessystemer som skjer i forbindelse med forskning i kryptologi”. Etter denne bestemmelsen kan man slå fast at det som ledd i forskning innen kryptologi vil være tillatt å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer i forbindelse med denne typen forskning. Bestemmelsen retter seg kun til første ledd, og det kan synes som om man ikke har lov til å produsere de nødvendige verktøy for omgåelse. Jeg finner det imidlertid mest naturlig å tolke dette dit hen at forskning i kryptologi ikke skal kunne begrunne den produksjon som skjer med spredningsformål eller kommersielle formål. Under forskningsarbeidet innen kryptologi må man jo selvfølgelig ha lov til å lage de nødvendige omgåelsesinnretninger som kreves for å kunne omgå beskyttelsessystemene.

Men en konsekvens av en slik generell unntaksregel er at det er mange usikkerhetsmomenter ved bestemmelsen. For det første er det ikke klart hva som menes med selve begrepet ”forskning innen kryptologi”. Skal det forstås snevert slik at kun

¹⁰⁸ National Research Council (2000). *The Digital Dilemma* – s.314.

¹⁰⁹ Ds 2003:35 s.495.

¹¹⁰ Dr. Alexander Peukert – oversikt over implementeringen i Tyskland. Euro CopyRights – The protection of technological measures in Europe.(www.euro-copyrights.org/index/14/49).

forskere som er ansatt ved godkjente forskningsinstitusjoner, eller oppfyller lignende spesifikke kriterier, som kan påberope seg unntaket? Eller skal begrepet forstås vidt slik at det omfatter enhver som kan sies å ha gjort undersøkelser/studier på beskyttelsessystemet, for eksempel en uskolert hacker? Noen av de mest kunnskapsrike og banebrytende innen kryptologiforskningen har ingen formell utdanning eller forskerstatus¹¹¹ og noen av de største fremskrittene som er gjort innen kryptologifeltet kan tilskrives uskolerte hjemmebrukere.¹¹² Mange vil nok også hevde at den type arbeid som førte til utviklingen av programmet DeCSS og gav opphavet til DVD-Jon-saken kan være en form for forskning innen kryptologi.¹¹³

Formålshensyn tilsier imidlertid at den sistnevnte forståelse av begrepet blir en for vid tolkning som vil uthule bestemmelsen. Hvis enhver som omgår et beskyttelsessystem eller produserer et omgåelsesverktøy kan påberope seg unntaket for forskning innen kryptologi ville åpenbart bestemmelsen i § 53a miste sin betydning. Men det kan heller ikke være meningen at kun spesielt godkjente forskere skal nyte godt av unntaket. Da burde det i det minste vært presisert i lovteksten med tanke på at det er en straffebestemmelse. Dessuten vil det nok by på problemer å klassifisere forskere slik at noen utvalgte faller inn under unntaket.

Sannsynligvis må resultatet bli at forståelsen av begrepet må bero på en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle. Enhver omgåelse som man etter en helhetsvurdering finner at har et legitimt forskningsformål bør således tillates.

Det er vanlig at resultater fra forskning innen kryptologi offentliggjøres og publiseres. Departementet sier på side 91 i høringsutkastet at ”i forskningsinstitusjoner kan det således undervises i kryptologi i tillegg at de forskningsresultater som oppnås kan offentliggjøres og publiseres uten at en ved dette kommer i strid med forbudet mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer” (Jeg antar at når departementet nevner forskningsinstitusjoner så er dette bare et eksempel, hvis ikke indikerer dette at ”forskning innen kryptologi” relateres til den forskning som foregår innen forskningsinstitusjoner). Dette betyr strengt tatt at hvis en som forsker på tekniske

¹¹¹ Samuelson, Pamela – *Towards more sensible anti-circumvention regulations*. S.4.

¹¹² Se note 108.

¹¹³ Blandt andre Pamela Samuelson i artikkelen *“Anticircumvention Rules: Threat to science.”* (2001).

beskyttelsessystemer finner ut hvordan man kan gå frem for å omgå et beskyttelsessystem som er vanlig å bruke på vernede verk, så kan ”oppskriften” offentliggjøres på en webside eller en nyhetsgruppe. Dette ville ellers kunne stride mot § 53a annet ledd.¹¹⁴

Et spørsmål som verken besvares i den foreslåtte § 53a tredje ledd eller høringsutkastet er hvorvidt man må innhente tillatelse fra rettighetshaverne før man kan omgå i forskningsøyemed. Problemstillingen kan synes absurd, men i U.S. Copyright Act er et slikt krav satt i section 1201(g)(2)(C) som stiller opp et vilkår om at: ”the person made a good faith effort to obtain authorization before the circumvention”. Begrunnelsen for dette vilkåret er uklar og jeg kan ikke se noen grunn til å ha et lignende vilkår i norsk rett. Jeg går ut ifra at dette er en særegen amerikansk regel som det ikke representerer noen verdifull veiledning ved tolkingen av opphavsrettsdirektivet og dets implementering i norsk rett. En tillatelse fra rettighetshaver ville kun være en unødvendig formalitet, da unntaksregelen ikke forutsetter at noen kan motsette seg mot dette.

¹¹⁴ Se kap. 4.1.

6 Forholdet til datamaskinprogrammer.

6.1 Opphavsrettsdirektivet.

Bestemmelsene i artikkel 6 gjelder ikke tekniske beskyttelsessystemer som beskytter et datamaskinprogram. Dette går uttrykkelig frem av opphavsrettsdirektivet artikkel 1.2.a som sier at eksisterende fellesskapsbestemmelser om rettslig av datamaskinprogrammer ikke skal berøres av direktivet. Direktivets forale pkt. 50 slår også på en mer presiserende måte fast at bestemmelsene i direktivet ikke skal berøre de særskilte bestemmelsene om vern for tekniske beskyttelsessystemer som brukes i forbindelse med datamaskinprogrammer fastsatt i direktiv 91/250/EØF (EDB-direktivet). I tillegg sier foralens pkt. 20: ” This Directive is based on principles and rules already laid down in the Directives currently in force in this area, in particular Directives 91/250/EEC (2), 92/100/EEC (3), 93/83/EEC (4), 93/98/EEC (5) and 96/9/EC (6), and it develops those principles and rules and places them in the context of the information society. The provisions of this Directive should be without prejudice to the provisions of those Directives, unless otherwise provided in this Directive.”

EDB-direktivet skiller seg fra opphavsrettsdirektivet ved at det ikke krever noe forbud mot selve omgåelsen av tekniske beskyttelsessystemer for datamaskinprogrammer, men kun forbud mot forberedende handlinger jf. artikkel 7.1.c i EDB-direktivet. Forbudet mot forberedende handlinger i artikkel 7.1.c er dessuten snevrere enn de tilsvarende bestemmelsene i opphavsrettsdirektivet idet det bare er midler som har som sitt eneste formål å muliggjøre omgåelse, som rammes.

I tillegg presiserer opphavsrettsdirektivets forale pkt. 50 at bestemmelsene i direktivet verken bør hemme eller hindre utvikling/bruk av noe middel til å omgå et teknisk beskyttelsessystem som er nødvendig for å gjøre det mulig å foreta handlinger i samsvar med artikkel 5 nr. 3 eller artikkel 6 i EDB-direktivet. Artikkel 5 nr.3 tillater undersøkelser for å fastslå ideene og prinsippene som ligger til grunn for et datamaskinprogram, og artikkel 6 tillater omvendt utvikling (reverse engineering) av et

datamaskinprogram under visse omstendigheter. Dette betyr at utvikling og bruk at omgåelsesinnretninger som er nødvendig for å muliggjøre lovlig reverse engineering ikke kan forbys med hjemmel i det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer i artikkel 6. Hvis man må omgå et teknisk beskyttelsessystem for å kunne foreta en lovlig omvendt utvikling, så kan man også utvikle omgåelsesprogrammer for dette formålet.

6.2 Det norske lovforslaget.

Lovforslagets §§ 53a fjerde ledd og 53b fjerde ledd slår fast at bestemmelsen ikke skal gjelde for tekniske beskyttelsessystemer som beskytter et datamaskinprogram. I følge høringsutkastet skal dette i stedet reguleres av lovforslagets § 53c, som er identisk med den tidligere § 54a første ledd (nåværende § 54a annet ledd foreslåes opphevet).¹¹⁵ Dette medfører at omgåelse av tekniske beskyttelsessystem som verner datamaskinprogrammer ikke er ulovlig, da lovforslagets § 53c bare gjelder ”omsetning av, eller besittelse i ervervsøyemed” og ikke selve omgåelseshandlingen. Å fremstille et maskinlesbart eksemplar av et datamaskinprogram vil imidlertid fremdeles være forbudt, jfr. åndsverklovens § 12 annet ledd litra b. Dette vil i praksis si at man fremdeles har lov til å omgå en teknisk sperre som beskytter et datamaskinprogram, om det så er bare for moro skyld, men man har ingen rett til å fremstille kopier av det. Så i de tilfelle hvor det samme type tekniske beskyttelsessystem både benyttes på datamaskinprogrammer og andre åndsverk (for eksempel film), så vil det være lov å produsere, spre og informere om innretninger som kan brukes til omgåelse av datamaskinprogrammets beskyttelsessystem. Dette fordi lovforslagets § 53c bare rammer kommersiell omsetning og besittelse i ervervsøyemed.

Bestemmelsene medfører også at vernet for tekniske beskyttelsessystemer ikke vil gjelde i forhold til bestemmelsene om omvendt utvikling i åndsverkloven § 39i forutsatt at vilkårene der er oppfylt. Omvendt utvikling er kort forklart en undersøkelsesprosess på et datamaskinprogram for å se hvordan det virker og hvordan det er laget, og medfører normalt at det fremstilles et eksemplar.¹¹⁶ Det er allikevel uklart om det for eksempel vil være lov å foreta en omvendt utvikling av et teknisk beskyttelsessystem

¹¹⁵ Høringsutkastet s.92.

¹¹⁶ Bjerke (1994) s.3.flg.

når dette beskytter et åndsverk. Når departementet behandler reglenes forhold til reverse engineering i høringsforslaget sies det at adgangen til reverse engineering ikke hjemler utviklingen av programvare som gjør det mulig å få tilgang til et innhold som sperres av et program.¹¹⁷ Det er usikkert om departementet mener at det ikke vil være lov til å foreta omvendt utvikling når hensikten er å lage et program som kan klassifiseres som omgåelsesverktøy eller om meningen kun er å presisere at et omgåelsesverktøy vil være ulovlig selv om det er et resultat av en forutgående omvendt utvikling. Jeg tolker uttalelsen slik at det er det siste alternativet som er meningen, noe som virker naturlig hvis § 53b skal fungere i tråd med sitt formål. Problemet i denne sammenheng er allikevel hvorvidt det er lovlig å foreta omvendt utvikling av et teknisk beskyttelsessystem (selvfølgelig under forutsetning av at den omvendte utvikling foretaes i samsvar med kravene i åndsverklovens § 39i). Dette sies det ingenting om i høringsutkastet, men i lys av at opphavsrettsdirektivet spesifikt sier at direktivet ”..should neither inhibit nor prevent the development or use of any means of circumventing a technological measure that is necessary to enable acts to be undertaken in accordance with the terms of Article 5(3) or Article 6 of Directive 91/250/EEC” (fortalen pkt.50) mener jeg at det er riktig å tolke dette slik at omvendt utvikling av et teknisk beskyttelsessystem kan være lovlig.

Det er i denne forbindelse også verdt å minne om at det ikke er så lett å gi et konkret svar på hvor grensen mellom hva som regnes som et datamaskinprogram og andre digitale åndsverk går.¹¹⁸ Det kan nok tenkes at en DVD-plate får så avansert menyutforming at man kan regne den som et datamaskinprogram. Jeg vil imidlertid ikke gå videre inn i denne problemstillingen da dette faller utenfor oppgaven.

¹¹⁷ Høringsutkastet s. 63.

¹¹⁸ Bjerke (1994) s.36: ”Den nedre grense for hva som skal betegnes som datamaskinprogram, er svært diffus..”.

7 Er det norske lovforslaget i samsvar med direktivet?

Formålet med direktivet er å harmonisere opphavsretten i Europa, og dette krever at de forskjellige landene holder seg til direktivteksten. Ved gjennomføringen kan de enkelte land likevel bestemme egne ordninger så lenge det ikke strider mot direktivet. Generelt kan man si at EU-direktiver ikke krever ordrett implementering. Prinsipielt er direktivets oppgave å sørge for at europeisk opphavsrettslovgivning skal bli mest mulig ensartet, og at målet med direktivet oppnås. Hvordan dette oppnås i intern rett er opp til de enkelte land. I forhold til gjennomføringen av artikkel 6 krever direktivet kun at medlemslandene skal ”provide adequate legal protection” mot omgåelse av tekniske beskyttelsessystemer.¹¹⁹

Hvorvidt vernet kan begrenses til opphavsrettslige relevante handlinger har vært omdiskutert.¹²⁰ Et vern som også omfatter tekniske sperrer som hindrer adgang uavhengig av det vernede vil innebære et langt mer vidtgående vern enn det foreslåtte. Hvis bestemmelsen i opphavsrettsdirektivet artikkel 6 tolkes slik at den også omfatter slike sperrer vil dette bety at en bruker av et åndsverk ikke kan omgå sperrer for å muliggjøre privat fremvisning av et verk slik det er redegjort for ovenfor.

Hvis man leser direktivets artikkel 6 er det lite som tyder på at det er meningen at det kun er opphavsrettslig relevante handlinger som skal vernes. De tekniske beskyttelsessystemene som vernes i direktivet er de som er designet for å verne om opphavsretten, jfr. definisjonen av teknisk beskyttelsessystem.¹²¹ Ordlyden i bestemmelsen tyder på at forbudet mot omgåelse retter seg mot hvorvidt det tekniske beskyttelsessystemet faller inn under definisjonen i artikkel 6.3. Det vil si at hvis beskyttelsessystemet verner opphavrett på noen måte så er selve beskyttelsessystemet vernet, uavhengig om omgåelsen muliggjør en opphavsrettslig relevant handling eller ikke. Men hvis man ser på explanatory memorandum til det første forslaget til opphavsrettsdirektivet så kan det tyde på at det ikke har vært meningen å tolke dette så

¹¹⁹ Opphavsrettsdirektivet art. 6.1 første pkt.

¹²⁰ Westman – *Tekniska Åtgärder*. I: NIR 2003 s.570.

¹²¹ Opphavsrettsdirektivet artikkel 6(3).

strengt. Kommentar 3 i forhold til artikkel 6 sier” Finally, the provision prohibits activities aimed at an infringement of copyright ...: this would imply that not any circumvention of technical means of protection should be covered, but only those which constitute an infringement of a right, i.e. which are not authorized by law or by the author”¹²² Koelman mener at det med dette sannsynligvis menes at så lenge teknologien i utgangspunktet har vært designet for å beskytte opphavsrett så vil teknologien som sådan være beskyttet.¹²³ Jeg er imidlertid kommet til en annen konklusjon, og tolker ordlyden dit hen at det ikke kommer an på formålet med sperren, men på formålet med omgåelseshandlingen. Det norske lovforslaget er også utformet etter denne forståelsen.

Daniel Westman har konkludert med at direktivet innebærer at det er forbudt å omgå adgangssperrer, selv om formålet med omgåelsen ikke gjelder opphavsrettslige relevante handlinger.¹²⁴ Westman mener at dette går frem av definisjonen av ”effektive” tekniske beskyttelsessystemer i artikkel 6.3, fordi adgangskontroll er nevnt spesifikt. En slik tolkning av direktivet innebærer for eksempel at det ikke vil være lov til å omgå en teknisk sperre på en DVD-plate for å muliggjøre avspilling i operativsystemet Linux.

Jeg mener imidlertid at definisjonen av ”effektive” tekniske beskyttelsestiltak i artikkel 6.3 ikke nødvendigvis betyr at å knytte vernet til opphavsrettslige relevante handlinger vil være utelukket. Et teknisk beskyttelsessystem som regulerer adgangskontroll kan både verne mot opphavsrettslig relevante handlinger, for eksempel offentlig fremføring, og handlinger som ikke er opphavsrettslig relevante.

Departementet har imidlertid ikke tolket dette så strengt og mener et hensiktsmessig vern vil være å begrense omgåelseshandlingene som forbys til ”opphavsrettslig relevante” handlinger. Det kan nok være delte meninger om Norge har anledning til å vedta en slik begrensning i vernet, men jeg kan ikke se at dette vil stride mot direktivteksten. Siden direktivet foreskriver et ”adequate” (hensiktsmessig) vern, som innebærer en viss grad av fleksibilitet, så overlates den nærmere reguleringen til nasjonal lovgivning.

¹²² Explanatory memorandum i forslaget til European Parliament and Council Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society. COM(97) 628 final. 10 desember 1997. Se også angående dette i kap 3.1.1.

¹²³ Koelman (2000). *Protection of technological measures*. s.193.

¹²⁴ Westman – *Tekniska Åtgärder – teknik, juridik och politik*. I: NIR 2002 s.241.

Når man velger å knytte vernet mot omgåelse i av tekniske beskyttelsessystemer i forhold til enerettene, fører dette til problemer. Hovedproblemet er at de fleste nåværende tekniske beskyttelsessystemer består av en kombinasjonssperre som både hindrer adgang og eksemplarframstilling. Hvis man omgår adgangssperren så fungerer heller ikke sperren i forhold til eksemplarframstilling. Som nevnt ovenfor har man i høringsutkastet valgt å la formålet med omgåelsen være avgjørende for vernet ved omgåelse av slike kombinasjonssperrer. Dette medfører at man i svært mange tilfeller vil kunne omgå tekniske sperrer siden de fleste kopisperrer i et digitalt miljø vil kunne hindre adgang for visse grupper av brukere.¹²⁵

Et beslektet problem er at de samme innretninger som kan anvendes i situasjoner hvor omgåelsen ikke er opphavsrettslig relevant, vil kunne anvendes til omgåelse som er opphavsrettslig relevant. Forbudet mot de forberedende handlinger i artikkel 6.2 vil derfor miste mye av sin betydning.

Ved å knytte forbudet til opphavsrettslig relevante handlinger betyr ikke dette alene at lovforslaget vil gi et svakere vern enn direktivet. Men i forarbeidene går det uttrykkelig frem at det avhenger av formålet med omgåelseshandlingen om handlingen skal forbys eller ikke. I direktivet tyder det meste på at det er formålet med beskyttelsessystemet som er avgjørende.

¹²⁵ Westman – *Tekniska Åtgärder*. I: NIR 2003 s.572.

8 Vurdering og konklusjon

Som man ser av kapitlene ovenfor er det flere spørsmål i forhold til det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer som nødvendigvis forblir uløste, og den endelige tolkingen må avventes i de konkrete saker som kan komme opp i domstolene. Noe som er karakteristisk med dette vernet er at det er en forsterkning av de allerede eksisterende reglene i åndsverkloven. Noen forfattere er svært kritiske til at det innføres enda et regelsett til vern for åndsverk og man kaller reglene et fjerde beskyttelseslag (eksisterende lovbestemmelser, avtalerett, tekniske beskyttelsessystemer og vernet for de tekniske beskyttelsessystemer).¹²⁶ Det man bør spørre seg er følgende: Hvis piratkopiering allerede er ulovlig, hva skal vi med enda et rettslig vern mot dette? Vil et rettslig vern for tekniske beskyttelsessystemer innebære at man setter en stopper for piratkopiering og spredning av vernede verker? Det er vanskelig å spå hvordan reglene vil bli etterlevd i praksis. Hvis man tar i betraktning at det allerede finnes et rettslig vern mot eksemplarframstilling og spredning, og at disse rettsreglene tilsynelatende ikke har hindret den økende piratkopieringen på internet, så kan jo dette være en indikasjon på at flere rettsregler ikke er den rette løsningen på problemet. Det som har hindret ”nettpiratene” hittil er ikke rettsregler, men graden av effektivitet på beskyttelsestiltakene.

En stor del av den rettspolitiske diskusjonen omkring det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer går ut på at man mener at reglene forskyver den opphavsrettslige balansen for mye til fordel for rettighetshaverne.¹²⁷ Generelt kan man si at det rettslige vernet innebærer at rettighetshavere som bruker tekniske beskyttelsessystemer får en

¹²⁶ Blant andre Hugenholtz. *Code as Code, or the end of intellectual property as we know it*. 1999 s.8 og Peyrot. *Anticircumvention rules in the U.S. and the EU*. Tilgang: http://www.peyrot.info/anticircumvention_provisions_in_the_eu_and_the_us.htm.

¹²⁷ Blant annet blir dette hevdet av Lessig i *Free Culture*, av Vaidhyanathan i *Copyrights and Copywrongs* og av en rekke andre forfattere.

sterkere posisjon på bekostning av de samfunnshensynene som vernes av unntakene. Dette fordi mange av de unntakene som ellers får gjennomslag foran enerettene, nå vil tilsidesettes når det anvendes tekniske beskyttelsessystemer.¹²⁸

I lys av at den gjeldende opphavsretten ansees å forsømme rettighetshavernes interesser, tror jeg at det nye rettslige vernet i en viss utstrekning vil være med på å forsterke rettighetshavernes stilling. Spesielt vil et forbud mot de forberedende handlinger kunne bidra til å begrense mulighetene til å omgå tekniske beskyttelsessystemer. Allikevel ser det ut som innføringen av det rettslige vernet i norsk rett ivaretar unntak i de viktigste praktiske situasjoner, og innebærer fleksible løsninger som ikke setter den opphavsrettslige balanse ut av spill.

En svakhet med de nye reglene er imidlertid at det vil være vanskelig eller tilnærmet håpløst å håndheve et rettslig vern av tekniske beskyttelsessystemer. Når den rettslige beskyttelse avhenger av hva som var gjerningsmannens formål med omgåelseshandlingen blir det en svært vanskelig å bevise onde hensikter når det i de fleste tilfeller kan tenkes et legitimt formål. Selv om man for eksempel kan bevise at et verk er spredt i strid med åndsverkloven etter en omgåelse av tekniske sperrer, så kan den etterfølgende spredningen neppe ikke innebære mer enn en indikasjon på at formålet med selve omgåelsen var opphavsrettslig relevant.

Det blir heller ikke lettere å føre bevis for krenkelse av vernet mot de forberedende handlinger. Hvis man tolker lovforslagets § 53a annet ledd slik at straffbarheten skal vurderes med utgangspunkt i om det er en opphavsrettslig relevant handling som er formålet, blir det like vanskelig å domfelle noen for krenkelse av annet ledd som etter første ledd. Man må for eksempel kunne bevise at gjerningsmannens formål med produksjonen av omgåelsesinnretninger var å muliggjøre opphavsrettslig relevante handlinger, og ikke privat fremføring.

Det nye rettslige vernet kan nok også få vanskeligheter med å oppnå sitt formål siden man kan omgå teknologiske sperrer for det ene formålet, men ikke for det andre.

Dette fører meg over til det som kanskje er hovedproblemet med det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer. Det er vanskelig å skape et vern som effektivt oppfyller sitt formål ut fra et beskyttelsessynspunkt uten at man samtidig gjør dette vernet

¹²⁸ Westman (2003). *Tekniska Åtgärder* s.578.

absolutt. Et rettslig vern for tekniske beskyttelsessystemer som også skal ivareta samfunnsinteresser fører til at det alltid vil være muligheter og midler til omgåelse.

Det samme vil gjelde et vern mot forberedende handlinger som er avhengig av formålet med omgåelsen. Det vil for eksempel da alltid finnes et lovlig formål for produksjon og spredning av omgåelsesinnretninger. Likeledes vil unntaksbestemmelsene i § 53b i sin natur forutsette at det finnes slike omgåelsesinnretninger tilgjengelige.

Det vernet som er utviklet er tydeligvis et forsøk på en middelvei mellom et absolutt vern for tekniske beskyttelsessystemer og fraværet av et slikt vern. Det er vanskelig å spørre om denne middelveien i praksis vil ha de egenskaper som skal til for at det rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer allikevel vil fungere etter sitt formål. Det faktum at bestemmelsene vil ha "hull" eller svakheter som gjør omgåelse mulig, betyr ikke nødvendigvis at bestemmelsene ikke vil få innvirkninger som svarer til formålet. Først når reglene har vært i bruk en stund vil det være mulig å avgjøre om lovgiver blir nødt til å foreta et valg; enten vedta et strengere vern som gir rettslig beskyttelse mot omgåelse uavhengig av formålet, samt unngår unntaksbestemmelser, eller beholde omgåelsesmulighetene.

Slik jeg ser det er det foreslåtte rettslige vernet for tekniske beskyttelsessystemer så lett å omgå at det ikke representerer mer enn et rettspolitisk prinsipp. De brukere som kanskje mest sannsynlig vil overholde disse bestemmelsene er de "vanlige" forbrukerne, mens profesjonelle aktører på piratmarkedet neppe vil la seg skremme.

Etter min mening er det også kritikkverdig at de foreslåtte bestemmelsene, som er straffebestemmelser, er så vage og tvetydige i sin utforming. Bestemmelsene retter jo seg i stor grad til private brukere og såkalte "ikke-jurister" som ikke vil ha noen forutsetning for å kunne tolke de innfløkte reglene. Jeg vil minne om at de Nederlandske myndigheter ikke har villet belegge brudd på bestemmelsene med straff på grunn av dette.¹²⁹ Hensynet til at straffebestemmelser bør være klare bør etter min mening også få gjennomslag i norsk rett.

Etter min mening reiser det nye vernet også et rettsøkonomisk spørsmål. Tidligere var det opp til rettighetshaverne å investere i tilstrekkelig vern for åndsverkene. Med andre ord måtte de selv sørge for at "gjerdet" rundt det de ville verne var tilstrekkelig nok. Nå

¹²⁹ Se note 52.

står vi ovenfor en ny situasjon hvor rettighetshaverne på den ene siden må designe ”effektive tekniske beskyttelsessystemer” og rettssystemet på den andre siden må bruke ressurser på å vokte disse beskyttelsessystemene.¹³⁰ Det synes sannsynlig at rettighetshaverne også i fremtiden vil måtte beskytte verkene med de nyeste og beste kopisperrene, uavhengig av om nåtidens kopisperrer får et rettslig vern. Jeg finner det tvilsomt at rettighetshaverne kommer til å stole på at brukerne avstår fra å omgå beskyttelsessystemene på grunn av det rettslige vernet, og dermed unnlater å investere store summer i nye velfungerende kopisperrer. Det kan spørres om det ikke være bedre om rettighetshaverne selv sørger for å betale for tilstrekkelig vern, i stedet for at lovgivningen og rettsvesenet skal belastes med dette?

Nå er imidlertid opphavsrettsdirektivet en realitet, og norske lovgivere må forholde seg til dette. Men direktivets bestemmelser åpner for en del varierende tolkninger, og dette gjør at nasjonal rett har et visst spillerom. Mulighetene til å spille av et lovlig eksemplar kan for eksempel sikres gjennom å tolke direktivet slik at adgangssperrer faller utenfor det rettslige vernet, gjennom en tolking av hva som er et tilfredsstillende rettslig vern, eller ved å benytte unntaksadgangen i artikkel 6.4 annet ledd. Uansett kan man som nevnt fremdeles kopiere analogt, noe som betyr at de viktigste forbrukerhensyn fremdeles kan ivaretaes selv om tekniske beskyttelsessystemer anvendes.

Departementet har foreløpig valgt en, etter min mening, forsiktig tilnærming til direktivet som gjør at bestemmelsene ikke blir for rigide og at forbrukerhensyn fremdeles blir ivaretatt. Den norske tolkingen av opphavsrettsdirektivet er formålstjenelig ut fra et brukersynspunkt, og får praktiske konsekvenser som gjør at det rettslige vernet i artikkel 6 blir mer begrenset enn det kunne ha vært. Det kan imidlertid spørres om dette var hensikten under utformingen av direktivet.¹³¹

En del viktige tolkningsspørsmål er imidlertid overlatt til domstolene, og dette er etter min mening uheldig med tanke på at det er behov for forutberegnelighet på dette området.

Analysen i denne oppgaven viser at man enda er for tidlig i utviklingen av vernet til å komme med sikre konklusjoner. Praksis vil vise hvor anvendelige bestemmelsene er, og

¹³⁰ Lessig (2004) – Free culture s.251.

¹³¹ Westman (2003). *Tekniska Åtgärder*. s.579.

om de vil være formålstjenelige. Mer fleksible løsninger vil kanskje komme til å oppstå ved at rettighetshavere som anvender tekniske beskyttelsessystemer, utformer disse slik at de tilpasses brukernes behov på en bedre måte.

9 Litteraturliste

9.1 Litteratur.

Adam Thierer and Clyde Wayne Crews jr. *Copy Fights, the future of intellectual property in the information age*. Washington D.C., 2002 – ISBN 1-930865-24-4.

Anders Wagle og Magnus Ødegaard. *Opphavsrett i en digital verden*. Oslo, 1997 - ISBN 82-456-0133-0.

Bjerke, Bjørn. ”Reverse engineering” av datamaskinprogrammer. *Complex* 9/94. Oslo, 1994 – ISBN 82-518-3314-0.

Dusollier, Severine. Electrifying the fence. I: *European Intellectual Property Review (E.I.P.R)* 1999 s.285-297. ISBN 01420461.

Hugenholtz, P Bernt. *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*. I: *European Intellectual Property Review (E.I.P.R)* 2000 s.501-502. ISBN 01420461.

Hugenholtz, P Bernt. *Code as Code, or the end of intellectual property as we know it*. I: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 6 (1999), Nr. 3, s. 308-318.

Husabø, Erling Johannes. *Strafferettens periferi : Medverking, forsøk, førebuing*. Oslo, 1999 – ISBN 82-001-2972-1

Koelman, Kamiel J. *A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures*. I: *European Intellectual Property Review (E.I.P.R)* 2000 s.272-288. ISBN 01420461.

Koelman, Kamiel J. *Protection of technological measures*. I: *Copyright and electronic commerce*. s.165-227. Editor: P.Bernt Hugenholtz. Haag, 2000 – ISBN 90-411-9785-0.

Koktvedgaard, Mogens. *Lærebog i immaterialret*. 6 reviderede udgave. København, 2002 – ISBN 87-574-0740-1.

Lessig, Lawrence. *Free Culture*. New York, 2004 – ISBN 1-59420-006-8.

Lessig, Lawrence. *Code : and other laws of cyberspace*. New York, 1999 – ISBN 0-465-03913-8.

Lessig, Lawrence. *The future of ideas : the fate of the commons in a connected world*. New York, 2001 – ISBN 0-375-50578-4.

Litman, Jessica. *Digital copyright*. New York, 2001 – ISBN 1-57392-889-5.

National Research Council. *The digital dilemma : intellectual property in the information age*. Washington D.C., 2000 – ISBN 0-309-06499-6.

Sejersted, Fredrik... [et al.] *EØS-rett*. Oslo, 1995 – ISBN 82-00-22469-4.

Vaidhyathan, Siva. *Copyrights and copywrongs : the rise of intellectual property and how it threatens creativity*. New York, 2001 – ISBN 0-8147-8806-8.

Westman, Daniel. *Tekniska Åtgärder*. I: NIR 2003, s.[559]–579.

Westman, Daniel. *Tekniska Åtgärder – teknik, juridik och politik*. I: NIR 2002 s.[226]–250.

9.2 Artikler og elektroniske dokumenter.

Brown, Ian. *Implementation of the European Union Copyright Directive*. Tilgang: <http://www.fipr.org/copyright/guide/intro.html> (22.11.2004)

Clarke, Drew. *How copyright became controversial*. Tilgang: <http://www.cfp2002.org/proceedings/proceedings/clark.pdf>. (22.11.2004).

EUs informasjonsside. Summaries of legislation. *Copyright and related rights in the information society : the harmonisation of certain aspects*. Tilgang:

<http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26053.htm> (22.11.2004).

Euro CopyRights – The protection of technological measures in Europe. Oversikt over implementeringen i Danmark av Terese Foged. 23.01.04. Tilgang: www.euro-copyrights.org/index/4/11 (22.11.2004).

Euro CopyRights – The protection of technological measures in Europe. Oversikt over implementeringen i Tyskland av Dr.Alexander Peukert. 15.03.2004. Tilgang: www.euro-copyrights.org/index/14/49 (22.11.2004).

Euro CopyRights – The Protection of Technological Measures in Europe. Oversikt over implementeringen i Nederland av Kamiel Koelman og Menno Briët. 01.08.04. Tilgang: www.euro-copyrights.org/index/1/10 (22.11.2004).

Foged, Terese. *A comparative analysis of the US vs. EU approach to technological protection measures*. 2002. Tilgang: <http://www.euro-copyrights.org/index/13/52> (22.11.2004).

Helberger, Natalie. It's not a right, Silly! The private copying exception in practice. INDICARE Monitor 7 oktober 2004. Tilgang: <http://www.ivir.nl/publications/helberger/it'snotarightsilly.html> (22.11.2004).

Hugenholtz, P Bernt ...[et al.]. *The Future of Levies in a Digital Environment*. Amsterdam 2003. Tilgang: <http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf> (22.11.2004).

Koelman, Kamiel J. *International Context. The international protection of technological measures in Europe*. Tilgang: <http://www.euro-copyrights.org/index/13/52> (22.11.2004).

Peyrot, Paul. *Anticircumvention rules in the U.S. and the EU*. Tilgang:
http://www.peyrot.info/anticircumvention_provisions_in_the_eu_and_the_us.htm.
(22.11.2004)

Samuelson, Pamela. *Towards more sensible anti-circumvention regulations*. Tilgang:
<http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/fincrypt2.pdf> (22.11.2004).

Samuelson, Pamela. *Anticircumvention Rules: Threat to science*. Science Magazine,
Vol 293, Issue 5537, 2028-2031, 14 September 2001. Tilgang:
<http://www.sciencemag.org/cgi/content/full/293/5537/2028?ijkey=sJ5V2ve/PTGkU&keytype=ref&siteid=sci> (22.11.2004).

Smith, Seagrurn. *From Napster to Kazaa: The battle over peer-to-peer filesharing goes international*. I: Duke Law & Technology review 2003. nr.8. 28 mars 2003.
Tilgang: <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2003dltr0008.html> (22.11.2004)

U.S. Copyright Office Summary. *The Digital Millennium Copyright Act of 1988*.
Tilgang: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>. (22.11.2004).

Vinje, Thomas. *Copyright imperiled?* EIPR nr 4 1994. Tilgang:
www.eblida.org/ecup/publica/vinje.rtf (22.11.2004).

Waelde, Charlotte. *The Quest for Access in the Digital Era : Copyright and internet*.
The Journal of Information, Law and Technology (JILT). 2001 Tilgang:
<http://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-1/waelde.html> (22.11.2004).

9.3 Forarbeider.

Norge:

Høringsutkast - om forslag til endringer i åndsverkloven m.m. KKD, 02.04.2003.

Sverige:

Ds 2003:35 Upphovsrätten i informationssamhället. Genomförande av direktiv
2001/29/EG, m.m.

9.4 Dommer.

Norge:

RG 2004 s. 414 ”DVD-Jon-saken”

Frankrike:

Tribunal de grand instance de Paris 3ème chambre, 2ème section, Stéphane P., UFC Que Choisir/Société Films Alain Sarde et, Jugement du 30 avril 2004.

Belgia:

Tribunal de première instance de Bruxelles, L'ASBL Association Belge des Consommateurs TestAchats/SE EMI Recorded Music Belgium, Sony Music Entertainment (Belgium), SA Universal Music, SA Bertelsmann Music Group Belgium, SA IFPI Belgium ,Jugement du 25 mai 2004, No 2004/46/A du rôle des réfères.

USA:

United States of America v. ElcomSoft Co., Ltd. and Dmitry Sklyarov, 203 F.Supp.2d 1111. ”Sklyarov-saken”.

Felten v. Recording Industry Association of America, Inc., Case No. 01-CV-2669 (D.N.J.) ”Felten-saken”.

Universal City Studios, Inc. v. Eric Corley (Emmanuel Goldstein) and 2600 Enterprises Inc., 273 F.3d 429 (2001) ”Goldstein-saken”.

Universal City Studios v. Sony Corporation of America, 659 F.2d963 (1981).

9.5 Konvensjoner, traktater og direktiver.

Directive 2001/29/EC of The European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (opphavsrettsdirektivet).

Common Position (EC) No 48/2000 (2000/c344/01) of 28 September 2000 adopted by the Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251 of the Treaty establishing the European Community, with a view to adopting a Directive of the

European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

Proposal for European Parliament and Council Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society. COM(1999)/250/final

Proposal for European Parliament and Council Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society. COM(97) 628 final.
10 desember 1997

WIPO Copyright Treaty, vedtatt på Diplomatkonferansen 20.desember 1996, WIPO CRNR/DC/94.

WIPO Phonogram and Performance Treaty, vedtatt på Diplomatkonferansen 20. desember 1996, WIPO CRNR/DC/95.

10 Lister over tabeller, figurer m v

VEDLEGG 1. Opphavsrettsdirektivet art.6.

VEDLEGG 2. Lovforslaget til nye §§ 53a og 53b i høringsforslaget.

Vedlegg 1.

Article 6

Obligations as to technological measures

1. Member States shall provide adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person concerned carries out in the knowledge, or with reasonable grounds to know, that he or she is pursuing that objective.

2. Member States shall provide adequate legal protection against the manufacture, import, distribution, sale, rental, advertisement for sale or rental, or possession for commercial purposes of devices, products or components or the provision of services which:

- (a) are promoted, advertised or marketed for the purpose of circumvention of, or
 - (b) have only a limited commercially significant purpose or use other than to circumvent, or
 - (c) are primarily designed, produced, adapted or performed for the purpose of enabling or facilitating the circumvention of,
- any effective technological measures.

3. For the purposes of this Directive, the expression 'technological measures' means any technology, device or component that, in the normal course of its operation, is designed to prevent or restrict acts, in respect of works or other subjectmatter, which are not authorised by the rightholder of any copyright or any right related to copyright as provided for by law or the *sui generis* right provided for in Chapter III of Directive 96/9/EC. Technological measures shall be deemed 'effective' where the use of a protected work or other subjectmatter is controlled by the rightholders through application of an access control or protection process, such as encryption, scrambling or other transformation of the work or other

subject-matter or a copy control mechanism, which achieves the protection objective.

4. Notwithstanding the legal protection provided for in paragraph 1, in the absence of voluntary measures taken by rightholders, including agreements between rightholders and other parties concerned, Member States shall take appropriate measures to ensure that rightholders make available to the beneficiary of an exception or limitation provided for in national law in accordance with Article 5(2)(a), (2)(c), (2)(d), (2)(e), (3)(a), (3)(b) or (3)(e) the means of benefiting from that exception or limitation, to the extent necessary to benefit from that exception or limitation and where that beneficiary has legal access to the protected work or subject-matter concerned.

A Member State may also take such measures in respect of a beneficiary of an exception or limitation provided for in accordance with Article 5(2)(b), unless reproduction for private use has already been made possible by rightholders to the extent necessary to benefit from the exception or limitation concerned and in accordance with the provisions of Article 5(2)(b) and (5), without preventing rightholders from adopting adequate measures regarding the number of reproductions in accordance with these provisions.

The technological measures applied voluntarily by rightholders, including those applied in implementation of voluntary agreements, and technological measures applied in implementation of the measures taken by Member States, shall enjoy the legal protection provided for in paragraph 1.

The provisions of the first and second subparagraphs shall not apply to works or other subject-matter made available to the public on agreed contractual terms in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

When this Article is applied in the context of Directives 92/100/EEC and 96/9/EC, this paragraph shall apply *mutatis mutandis*.

Vedlegg 2.

Forbud mot omgåelse m.v. av effektive tekniske beskyttelsessystemer

§ 53a. *For å muliggjøre bruk som er omfattet av enerettene angitt i § 2, jf. § 11a, er det forbudt å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer som har til formål å kontrollere tilgang til og bruk av et vernet verk, og som benyttes av rettighetshaver eller den han har gitt samtykke.*

Det er videre forbudt for spredning til allmennheten å produsere eller innføre, fremby for salg eller leie, tilby tjenester eller for ervervsmessig formål besitte innretninger som

- a) frembys med det formål å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer,*
- b) kun har begrenset kommersiell nytte for annet formål enn å omgå effektive tekniske beskyttelsessystemer, eller*
- c) hovedsakelig er utviklet for å muliggjøre eller forenkle slik omgåelse.*

Bestemmelsen i første ledd gjelder ikke for den omgåelse av effektive tekniske beskyttelsessystemer som skjer i forbindelse med forskning i kryptologi.

For tekniske innretninger til beskyttelse av et datamaskinprogram gjelder i stedet det som er bestemt i § 53c.

Ny § 53b med tilhørende overskrift skal lyde:

§ 53b. *Adgangen til bruk av verk når effektive tekniske beskyttelsessystemer er anvendt*

Rettighetshaver skal påse at den som har lovlig tilgang til et vernet verk, uten hinder av effektive tekniske beskyttelsessystemer kan gjøre bruk av verket i henhold til §§ 13, 13a, 15, 16, 17, 17a, 21, 26-28, 31 og 39h fjerde og femte ledd.

Dersom rettighetshaver ikke oppfyller sin plikt etter første ledd kan han etter begjæring fra den som etter bestemmelsene ovenfor har adgang til å bruke verket, pålegges å utlevere eller på annen måte gi den berettigede informasjon eller nødvendige midler for å muliggjøre bruk av verket i samsvar med formålet.

Begjæring rettes til nemnd opprettet av departementet etter regler som Kongen gir. Nemnda kan i tillegg til pålegg som nevnt, bestemme at berettiget etter nevnte bestemmelser uten hinder av § 53a kan omgå anvendte tekniske beskyttelsessystemer dersom rettighetshaver ikke overholder den frist nemnda setter for å muliggjøre bruk.

Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke der vernet verk på avtalte vilkår ved overføring stilles til rådighet for allmennheten på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket.

Bestemmelsene i denne paragraf gjelder ikke for datamaskinprogram.